

Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Transfer Pricing aspects related to intangibles and business restructuring



KANDIDATAFHANDLING
CAND.MERC.AUD
15.05.2017

Jonas Linde Larsen
Emil Brogaard

Vejleder: Erik Andresen
Antal anslag: 252.092



Executive summary

The globalization, the increase in the number of multinational entities and cross-border transactions has led to an enlarged focus on transfer pricing. The difference between value creation and taxation leads to an annual worldwide tax loss on up to 10 %, which is equivalent to 240 billion dollars. Due to the great loss of tax payments the OECD introduced the BEPS action plan to prevent opportunities for Base Erosion and Profit Shifting and avoid double taxation. In addition the OECD issued a new guidance on the aspects of intangibles and a draft on business restructurings to secure accordance with the BEPS action plan.

This master thesis examines the transfer pricing guidance and issues of intangibles and business restructurings in a Danish and international context.

In a controlled transaction it is important to act as independent entities in a comparable situation. In the updated guidance the OECD focuses on the actual conduct of the parties rather than the contractual terms in delineating the controlled transaction. In the transfer pricing analysis it is also important to delineate which party controls the functions, uses the assets and assumes the risks. To assume a risk an entity would need the financial capacity to bear the consequences if the risk materialises.

In determining whether or not to be part of a transaction the realistic alternatives of the entities would need to be considered. An independent entity will only take part in a transaction if it is not left worse off than their next best option.

The OECD has introduced DEMPE as important functions in relation to intangibles. The performance and control of these functions are essential in determining which entity affect the value creation and therefore will generate a return. Some intangibles are difficult to value at the time of the transaction due to high uncertainty. In such situations the tax authorities may use the actual return as presumptive evidence in determining the price of the controlled transaction.

The case study shows how the guidance on intangibles and business restructurings are used in a practical manner.



Indholdsfortegnelse

Executive summary	2
Indholdsfortegnelse	3
Forkortelser	6
1. Indledning	7
1.1 Problemformulering	8
1.2 Afgrænsning	9
1.3 Metode	10
1.3.1 Dataindsamling	10
1.3.2 Kildekritik	10
1.3.3 Kildehenvisninger	10
1.3.4 Struktur	11
2. OECD's BEPS projekt præciserer og udbygger kravene til koncerninterne transaktioner	12
2.1 Baggrund og formål med OECD's BEPS projekt	12
2.2 OECD's Action Plan for at undgå BEPS situationer	15
2.2.1 BEPS Action point 8-10	16
2.2.2 BEPS Action point 13 om udbygning af kravene til koncernernes TP dokumentation	18
2.2.3 BEPS Action point 14 om effektivisering af konfliktløsning	20
2.3 Status på implementering af OECD BEPS i medlemslandene	21
2.4 Delkonklusion	23
3. Armslængde princippet og sammenlignelighed	24
3.1 Identifikation af kommercielle eller finansielle relationer	24
3.1.2 Kontraktuelle betingelser i transaktionen	25
3.1.3 Funktions- og risikoanalysen	26
3.1.4 Produktets eller ydelsens egenskaber	31
3.1.5 Økonomiske omstændigheder	31
3.1.6 Forretningsstrategier	32
3.2 Anerkendelse af en kontrolleret transaktion	33
3.3 Behandling af tab for koncernselskaber	34
3.4 Offentlig regulering	34
3.5 Anvendelsen af toldværdier	34
3.6 Markedsmæssige forhold i sammenlignelighedsanalysen	35
3.7 Samlet medarbejderstab og betydningen heraf	36
3.8 Gruppesynergiers betydning	36
3.9 Delkonklusion	37
4. Transfer Pricing Guidelines 1996 - Immaterielle aktiver	39
4.1 OECD's forhenværende definition på immaterielle aktiver	39
4.2 Kategorier af Immaterielle aktiver	39
4.3 Patenter og varemærker	41
4.3.1 Særlige forhold ved patenter	41
4.4 Forhold der påvirker værdien af immaterielle aktiver	42
4.5 Anvendelse af armslængde princippet på immaterielle aktiver	42
4.6 Vurdering af transaktionens overensstemmelse med armslængde princippet	43
4.7 Immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet	44
4.8 Skattemyndighedernes dispositionsmuligheder	45
4.9 Marketingaktiviteter for selskaber der ikke er juridiske ejere af varemærker eller handelsnavne som indgår i salgsprocessen	45



4.10 Delkonklusion	46
5. Transfer Pricing Guidelines 2016 - Immaterielle aktiver	48
5.1 Identifikation af immaterielle aktiver	48
5.2 Kategorier af immaterielle aktiver	49
5.2.1 Andre immaterielle aktiver i OECD's forstand	51
5.2.2 Forhold som falder udenfor definitionen på immaterielle aktiver, men stadig påvirker værdien	51
5.3 Analyse af transaktioner hvori der indgår immaterielle aktiver	51
5.3.1 Ejendomsretten til immaterielle aktiver og kontraktuelle vilkår	52
5.3.3 Udførelse og kontrol af funktioner	54
5.3.4 Brugen af aktiver	55
5.3.5 Påtagelse af risici	56
5.4 Uforudsete afkast	57
5.5 Udvikling og forbedring af marketing intangibles	58
5.6 Kompensation for brugen af et varemærke, brand og firmanavn	59
5.7 Overdragelse eller udnyttelse af immaterielle aktiver	59
5.7.1 Overdragelse	60
5.7.2 Kombination af immaterielle aktiver	61
5.7.3 Udnyttelse	63
5.8 Sammenlignelighedsanalyse	63
5.9 Metodevalg	65
5.9.1 Indkomstmetoden	66
5.10 Immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet	66
5.11 Hard-to-value intangibles	67
5.12 Sammenligning af TPG 1996 og TPG 2016	69
5.13 Delkonklusion	71
6. Koncerninterne omstruktureringer	73
6.1 Definitionen af omstruktureringer	73
6.2 Armslængde kompensation for en omstrukturering	74
6.3 Særlige forhold for omstruktureringer	75
6.3.1 Fastlæggelse af koncernselskabets funktioner, aktiver og risici både før og efter omstruktureringen.	75
6.3.2 Den forretningsmæssige begrundelse samt de forventede fordele som følge af omstruktureringen, herunder betydningen af gruppesynergier	76
6.3.3 De realistiske alternativer	77
6.4 TP dokumentation	77
6.5 Anerkendelse af de faktiske fastlagte transaktioner	78
6.6 Omrokering af profit potentiale som følge af omstruktureringen	78
6.7 Immaterielle aktiver i omstruktureringen	79
6.7.1 Immaterielle aktiver hvis værdi er usikker på transaktionstidspunktet	79
6.7.2 Local intangibles	80
6.7.3 Kontrakt rettigheder	80
6.8 Overdragelse af aktiviteter	80
6.8.1 Underskudsgivende aktiviteter	80
6.9 Outsourcing	81
6.10 Erstatning til det omstrukturerede selskab ved ophør eller genforhandling af kontrakter	81
6.11 Transaktioner efter omstruktureringen har fundet sted	83
6.11.1 Sammenligning af transaktionen før og efter omstruktureringen	84
6.12 Besparelser på baggrund af lokationsfordele	85
6.13 Delkonklusion	85



7. Praktisk anvendelse af OECD's Transfer Pricing retningslinjer	86
7.1 Indledning	86
7.2 Koncernstruktur	86
7.3 Forretningsstrategi	87
7.4 Historik	88
7.5 Udvikling af medicinalpræparater	89
7.6 Produktets karakteristika (Cylis)	90
7.7 TP transaktioner	91
7.8 Værdikæde før omstruktureringen	92
7.9 Nøgletal	94
7.9.1 BRAINY Holding A/S	94
7.9.2 BRAINY Medicine A/S	94
7.9.3 BRAINY Medicine Inc	95
7.10 Funktions- og risikoanalyse i scenarie 1	95
7.10.1 Funktions- og risikoanalyse af BRAINY Holding A/S	96
7.10.2 Funktions- og risikoanalyse af BRAINY Medicine Inc	97
7.11 Aflønning i forhold til scenarie 1	100
7.11.1 Aflønning af BRAINY Holding A/S	100
7.11.2 Aflønning af BRAINY Medicine Inc	100
7.12 Omstrukturering	101
7.13 TP transaktioner efter omstruktureringen	103
7.14 Værdikæde efter omstruktureringen	104
7.15 Funktions- og risikoanalyse i scenarie 2	105
7.15.1 Funktions- og risikoanalyse for BRAINY Medicine Inc	105
7.16 HTVI overdragelse	108
7.17 Aflønning i forhold til scenarie 2	110
7.17.1 Aflønning af BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc	110
7.17.2 Aflønning af BRAINY Holding A/S	110
7.18 Delkonklusion	111
8. Konklusion	112
9. Perspektivering	115
10. Litteraturliste	117



Forkortelser

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation
HQ	Headquarter
HTVI	Hard-to-value intangible
IP	Intangible Property
MAP	Mutual Agreement Procedure
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
R&D	Research and Development
TNMM	Transactional Net Margin Method
TP	Transfer Pricing
TPG	Transfer Pricing Guidelines
AL	Afskrivningsloven
H	Højesteret
LL	Ligningsloven
SKL	Skattekontrolloven
SKM	Skatteministeriets offentliggørelse af domme



1. Indledning

Armslængdeprincippet har i Danmark hjemmel i LL § 2 og indeholder alle korrektionsmuligheder der er i OECD's modeloverenskomsts artikel 9. Det går ud på, at der ved kontrollerede handelsmæssige eller økonomiske transaktioner skal anvendes priser og vilkår som kunne være opnået, hvis transaktionen var afsluttet mellem uafhængige parter.¹ Kontrollerede transaktioner er transaktioner mellem koncernforbundne parter, hvilket vil sige at en af parterne ejer mere end 50 % af kapitalen eller kontrollerer mere end 50 % af stemmerettighederne knyttet hertil. Parter kan i denne sammenhæng både være fysiske samt juridiske personer.

Behovet for entydige og internationale anerkendte retningslinjer opstod på baggrund af en mere globaliseret verden. Globalt set findes der mere end 78.000 multinationale koncerner med omkring 778.000 udenlandske datterselskaber.² Dette gør at antallet af grænseoverskridende koncerninterne transaktioner er mange og at der sammenlagt er store summer involveret. Ydermere medvirker dette også til, at der potentielt kan være mange kontrollerede transaktioner som ikke er prisfastsat korrekt. Selskaberne kan have incitament til at prisfastsætte forkert og dermed flytte profit til beskatning i lavskattelande for, at optimere deres skatteomkostninger. Behovet for en indsats på transfer pricing området vises ligeledes i antallet af transfer pricing indkomstforhøjelser i de seneste år, da beskatningsgrundlaget for indkomstforhøjelser i 2014 udgjorde mere end 20 mia. kr. Ligeledes blev der i 2015 foretaget indkomstforhøjelser på 5,9 mia. kr.³ På verdensplan leder en uoverensstemmelse mellem værdiskabelsen og beskatningssted til en mistet årlig skattebetaling på helt op til 10 %, hvilket svarer til omkring 240 milliarder dollars.⁴

I en Transfer Pricing sammenhæng er der ofte stor fokus på prisfastsættelsen af immaterielle aktiver, da de ofte er meget værdifulde på trods af ingen eller kun mindre bogført værdi. Derudover kan selskaber gennem omstruktureringer forsøge at udflytte værdiskabende funktioner til udlandet.

¹ LL § 2 stk. 1

² Wittendorff, Jens: Transfer Pricing. 1. udg. Karnov Group Danmark A/S, 2016 – side 26

³ <http://www.ft.dk/samling/20151/almindel/sau/bilag/189/1628147.pdf> - d. 10. Maj 2017

⁴ OECD (2016), BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – Side 4



1.1 Problemformulering

Det primære formål med denne afhandling er, at undersøge hvordan multinationale koncerner påvirkes af Transfer Pricing Guidelines (TPG), herunder særligt omkring immaterielle aktiver og omstruktureringer. Dette vil gøres gennem en undersøgelse af et af OECD's mest ambitiøse projekter, nemlig BEPS projektet. Fokus vil her være på action point 8, 9 og 10 om immaterielle aktiver samt action 13 om transfer pricing dokumentation og action 14 om effektivisering af konfliktløsning. Afhandlingen vil gennem en analyse af kapitel 1 i TPG 2016 undersøge anvendelsen af armslængde princippet ved kontrollerede transaktioner. Herunder hvordan disse transaktioner identificeres og hvilken betydning funktioner, aktiver og risici har for prisfastsættelsen. Hertil vil afhandlingen analysere udbygningen af kapitel 6 om immaterielle aktiver i TPG fra 1996 til offentliggørelsen af de opdaterede retningslinjer i TPG fra 2016, herunder hvilken indflydelse denne opdatering har haft. Hertil hvordan et immaterielt aktiv karakteriseres og betydningen af det enkelte koncernselskabs bidrag i forhold til DEMPE. Det vil ligeledes undersøges hvordan immaterielle aktiver som på transaktionstidspunktet er svære at værdiansætte, kan behandles. Der vil ydermere gennem en analyse af OECD's udkast til kapitel 9, blive undersøgt hvordan multinationale koncerner påvirkes og hvordan de skal forholde sig til retningslinjerne for interne omstruktureringer. Herunder hvordan en flytning af funktioner, aktiver og/eller risici skal aflønnes. Den opnåede viden vil illustreres i en praktisk case.

Problemformuleringen vil besvares gennem flere udarbejdede underspørgsmål:

1. Hvad er baggrunden og det primære formål med OECD's BEPS projekt, herunder særligt action point 8, 9, 10 om immaterielle aktiver, 13 om dokumentation og 14 om konfliktløsning. Hertil hvordan disse er implementeret i dansk lovgivning og hvor mange lande der på nuværende tidspunkt har tilsluttet sig?
2. Det vil undersøges hvordan kapitel 1 afsnit D i TPG 2016 anvendes. Herunder hvordan kontrollerede transaktioner identificeres, hvordan sammenlignelighedsfaktorerne og koncernselskabernes faktiske adfærd påvirker analysen. Hertil hvornår anerkendelsen af transaktionen fra skattemyndighedernes side kan nægtes.
3. Hvordan behandles immaterielle aktiver i TPG og hvor stor en udbygning er der sket fra 1996 til 2016 og hvorfor har behovet for denne udbygning eksisteret? Hertil hvilken betydning udførelsen af DEMPE funktionerne har og hvordan dette påvirker en koncernintern aflønning. Ydermere hvordan transaktioner indeholdende immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte kan prisfastsættes.



4. Hvordan påvirker udkastet til det nye TPG kapitel 9 koncerninterne omstruktureringer? Herunder hvilken betydning substansen i aftalevilkårene har og hvordan et profit potentiale knyttet til hhv. funktioner, aktiver og risici, ved flytning, skal aflønnes. Hertil hvilken påvirkning den øgede dokumentationsbyrde har for selskaberne.
5. Den viden som opnås gennem afhandlingens teoretiske kapitler, vil anvendes i en egenkonstrueret case med det formål, at vise hvordan retningslinjerne anvendes i en praktisk sammenhæng.

1.2 Afgrænsning

Afhandlingen består af en teoretisk såvel som praktisk analyse af hvordan multinationale koncerner påvirkes af OECD's TPG, særligt i forhold til immaterielle aktiver og omstruktureringer. For at opnå en tilstrækkelig dybde i analysen vil afhandlingen fokusere på OECD's BEPS action point 8, 9 og 10 om de udbyggede og præciserede forhold om immaterielle aktiver samt risiko og kapital. Disse forhold har også betydning for action point 13 om dokumentation, samt action point 14 om effektiv konfliktløsning. Der afgrænses fra de øvrige action points. Hertil vil afhandlingen fokusere på TPG kapitel 6 om immaterielle aktiver fra såvel 1996, som det opdaterede kapitel 6 fra maj 2016, med det formål, at analysere udbygningen af kravene i dette kapitel. Afhandlingen vil dog ikke foretage en egentlig værdiansættelse, men blot fokusere på problematikkerne omkring dette. Ved godkendelsen af det opdaterede TPG kapitel 6 omkring immaterielle aktiver fra maj 2016, blev også TPG kapitel 1 afsnit D om armslængde princippet godkendt og opdateret. Dette har indvirkning på koncerninterne transaktioner, hvorfor afhandlingen også vil inddrage dette kapitel. Derudover vil afhandlingen fokusere på udkastet til det nye TPG kapitel 9 omkring interne omstruktureringer.

Afhandlingen vil udelukkende behandle den danske implementering af TPG og vil derfor ikke beskæftige sig med udenlandske skatteregler. Afhandlingen vil ligeledes ikke foretage egentlige beregninger af exit beskatning som følge af afståelse af immaterielle aktiver m.v. Hertil afgrænses der også fra at kigge på DBO'er samt told og moms problematikker.

Ydermere vil afhandlingen indeholde en egenkonstrueret case. Denne case har til formål, at inddrage, den gennem afhandlingen, opnåede teoretiske viden og dermed give en forståelse for de væsentligste problematikker ved immaterielle aktiver og omstruktureringer i en praktisk sammenhæng.



1.3 Metode

Formålet med denne afhandlingen er, at redegøre og analysere for de gældende retningslinjer indenfor Transfer Pricing området, herunder retningslinjer som endnu ikke er endelig godkendt, men forventes godkendt indenfor den nærmeste fremtid. Dette betyder at afhandlingen tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, da denne metode tager udgangspunkt i gældende ret med formålet at beskrive, analysere og systematisere.⁵

Problemformulering vil blive besvaret gennem en primært deduktiv tilgangsvinkel, hvilket gøres gennem en analyse af TPG for derefter at anvende denne viden specifikt på den egenkonstruerede case.

1.3.1 Dataindsamling

Afhandlingen er opbygget omkring kvalitative data i form af offentliggjorte data og publikationer fra OECD, herunder OECD's BEPS Action Plan, TPG fra 1996 og 2016, OECD's udkast til de opdaterede retningslinjer for omstruktureringer samt rådgiverkommentarer til opdateringen af TPG kapitel 6.

Afhandlingen indeholder en skæringsdato d. 10. maj 2017 for alle relevante informationer. Det betyder, at informationer og data offentliggjort efter denne dato ikke vil indgå og have indflydelse på afhandlingen og dens konklusioner.

1.3.2 Kildekritik

Afhandlingen er primært bygget op omkring sekundær litteratur, hvilket er litteratur som er skrevet til et andet formål end til udarbejdelse af denne afhandling. Ydermere er dele af litteraturen udtryk for delvist subjektive holdninger, hvilket der også er opmærksomhed omkring. Af samme grund er der gennem afhandlingen fokus på, at være kildekritisk. Uanset at det er sekundær litteratur der anvendes, anses denne som værende valid da den er udarbejdet med henblik på problematikkerne ved Transfer Pricing forhold i multinationale koncerner.

1.3.3 Kildehenvisninger

Alle kildehenvisninger i opgaven foretages gennem fodnoter. Alle fodnoter er nummereret og der er ved hjemmesider angivet dato for hvornår data herfra er indhentet. Der vil til sidst i afhandlingen også

⁵http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Almindelig_retsl%C3%A6re,_retsfilosofi_og_terminologi/retsdogmatik - 10. maj 2017



fremgå en litteraturliste med det formål, at give et bedre overblik over al litteratur, der er blevet anvendt til udarbejdelse af afhandlingen.

1.3.4 Struktur

For at skabe et bedre og mere struktureret overblik er afhandlingen delt op i fire overordnede dele. Første del består af en introduktion til afhandlingen indeholdende en indledning, problemformulering, afgrænsning samt metodeovervejelser.

Anden del består af den teoretiske analyse af TPG og hvordan koncernselskaber skal forholde sig til disse retningslinjer ved kontrollerede transaktioner. Tredje del består af en praktisk case som har til formål at vise hvordan den teoretiske viden som opbygget gennem afhandlingen i praksis skal anvendes ved omstruktureringer og overdragelse af immaterielle aktiver.

Sidste del består af afslutningen på afhandlingen i form af en endelig konklusion og en perspektivering indeholdende de mest relevante overvejelser som er gjort gennem hele afhandlingen.

Struktur over afhandlingens opbygning



Kilde: Egen tilvirkning



2. OECD's BEPS projekt præciserer og udbygger kravene til koncerninterne transaktioner

OECD's BEPS projekt har været længe undervejs og blev i 2013 for første gang lanceret. Hertil blev opdateringen af TPG kapitel 1 afsnit D om identifikation, fastlæggelse og anerkendelse af kontrollerede transaktioner og TPG kapitel 6 om immaterielle aktiver godkendt i maj 2016, hvilke er særligt relevante for denne afhandling. Projektet tog for alvor fat i problematikken omkring forkert allokering af indkomst i forhold til værdiskabelsen i de enkelte koncernselskaber.

Dette kapitel vil undersøge baggrunden for BEPS projektet og hvilke primære formål OECD har haft med dette projekt. Herudover vil kapitlet bidrage til en forståelse af vigtigheden af BEPS action point 8, 9 og 10 omkring immaterielle aktiver, risiko og kapital, højrisiko transaktioner og armslængdeprincippet, samt action 13 om dokumentation og action 14 om effektivisering af konfliktløsninger. Hertil en analyse af implementeringen af disse action points i dansk lovgivning. Til sidst vil kapitlet blive afsluttet med en status på projektet med henblik på, at vise hvor mange lande der har tilsluttet sig. Dette er yderst relevant, da en opnåelse af projektets formål afhænger af global opbakning og samarbejde på tværs af landene.

2.1 Baggrund og formål med OECD's BEPS projekt

De seneste 7 år er globaliseringen for alvor blevet aktuel, hvilket stigningen på 18 % fra 2010-2014 i antallet af ansatte i udenlandske datterselskaber, som er ejet af et dansk moderselskab, også indikerer.⁶ Den øgede globalisering har medvirket til åbningen af nye muligheder for skatte-spekulation blandt multinationale koncerner. Flere koncerner har spekuleret i forkert anvendelse af transfer pricing reglerne og har i nogle tilfælde anvendt enten for høje eller lave priser ved salg af immaterielle aktiver, hvilket har medført forkert beskatning i de respektive lande. I håb om at tiltrække nye selskaber, immaterielle aktiver, arbejdskraft samt øge skattebetalingen har flere lande også tilbudt multinationale koncerner muligheden for at indgå lokale skatteaftaler med bedre vilkår end hvad enkeltstående selskaber kunne opnå. Et stigende pres fra aktionærerne tvinger endvidere koncernerne til en reduktion af skattebetalingen på lige fod med koncernens andre omkostninger. Ovennævnte forhold gør, at der ikke altid er sammenhæng mellem værdiskabelsen og aktiviteterne i

⁶ <http://www.dst.dk/da/Statistik/nyt/NytHtml?cid=21000> - 10. maj 2017



hvert koncernselskab i de lande hvor profitten beskattes.⁷ Dette leder til en mistet årlig skattebetaling på helt op til 10 %, hvilket svarer til omkring 240 milliarder dollars.⁸

Transfer pricing problematikken er altså blevet anvendt til, at flytte skattebetalinger til lande med lavere skattesatser, som eksempelvis ses i EU kommissionens undersøgelse af forretningssetup og koncernbetalinger for Apples europæiske salgsaktiviteter. I denne sag ligger problemet blandt andet i en selvstændig udbudt skatteaftale. Her har Irland indgået en aftale med Apple, om lavere selskabsbeskatning ved en etablering i landet. Dette giver Apple en konkurrencefordel i forhold til andre koncerner samt lokale selskaber, da Apple kunne nøjes med at betale en langt lavere skattesats. Af denne årsag har det været attraktivt for Apple, at etablere sig i Irland. Apple har gennem kontraktuelle vilkår indtægtsført alt salg på det europæiske marked i Irland frem for i de lande hvor produktet rent faktisk blev solgt, som også er vist i figur 1. I denne sag har Apple haft en effektiv skatteprocent på 1 % i 2003 og helt ned mod 0,005 % i 2014.⁹ EU kommissionen har derfor beordret Irland at opkræve skatterne tilbage fra perioden 2003-2014, hvilket beløber sig op imod 97 milliarder kroner plus renter.¹⁰ De 97 milliarder er den egentlige skat, som skulle have været betalt og renterne udgør selve straffen for den manglende betaling. Dette krav har både Apple og Irland appelleret.

*"The Commission has no competence, under State aid rules, unilaterally to substitute its own view of the geographic scope and extent of the Member State's tax jurisdiction for those of the Member State itself"*¹¹.

Irland mener altså, at EU kommissionen overskrider deres beføjelser, hvilket det irske finansministerium i ovenstående sætning udtrykker.

Apple har ligeledes apelleret og har i en pressemeddelelse blandt andet udtalt, at de var et oplagt mål, som ville trække overskrifter og kommissionen derfor valgte, at gå efter netop dem. De udtaler derudover følgende:

⁷ OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing – Side 20

⁸ OECD (2016), BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – Side 4

⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm - 25. januar 2017

¹⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm - 25. januar 2017

¹¹ http://www.finance.gov.ie/sites/default/files/161219%20Summary%20of%20Appeal%20Grounds%20Published%20under%20Embargo_0.pdf - 10. maj 2017



"... arguing that EU regulators ignored tax experts and corporate law and deliberately picked a method to maximize the penalty"¹².

De mener dermed at kommissionen ignorerede eksperter og lovgivningen med henblik på at maksimere straffen og dermed statuere et eksempel.

Sagen forventes at strække sig over flere år grundet kompleksiteten af sagen, samt EU domstolenes store mængde af andre sager. I tilfælde af, at Apple skulle tabe sagen ved EU domstolene, har de mulighed for igen, at appellere dommen ved EU's øverste domstol, hvilket vil påvirke sagens længde yderligere.¹³

Figur 1 – Apples indkomstallokering af salg fra det europæiske marked



Kilde: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm

For at sikre beskatning i de rigtige lande samt at undgå skattek konkurrence landende imellem offentliggjorde OECD i februar 2013 deres Base erosion and profit shifting (BEPS) projekt. BEPS betegnes som en måde hvorpå multinationale koncerner anvender aggressiv skatteplanlægning til, at

¹² <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2016/12/19/ireland-and-apple-ready-their-appeals-against-the-eu-commissions-14-billion-tax-decision/#f1b070fec135> - 8. februar 2017

¹³ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-11-08/ireland-set-to-take-fight-over-apple-tax-bill-to-eu-court> - 9. februar 2017



udnytte huller og uoverensstemmelser i lovgivningen og derved formår at flytte overskud til beskatning i lande med lavere skattesatser. BEPS afføder en ulige konkurrence mellem nationale og multinationale selskaber, da de multinationale koncerner opnår en stor konkurrenceretlig fordel.¹⁴ BEPS medfører altså store moralske og etiske spørgsmål og er derfor yderst relevant. Med henblik på at skabe en lige konkurrence skal koncernselskaber betale selskabsskat i de lande hvor de opererer, som er svarerende til uafhængige parter. Denne problematik er særligt i fokus ved BEPS situationer, da det ikke kun er regeringer der skades, men også individuelle skatteydere i form af personer og enkeltstående virksomheder. Skaden opstår da de individuelle skatteydere kommer til at bære en større del af skattebyrden, afhængig af størrelsen på overskuddet som koncernerne flytter ud af landet.¹⁵

2.2 OECD's Action Plan for at undgå BEPS situationer

OECD's BEPS projekt fra februar 2013 udmundende sig i en Action Plan som indeholdt 15 forskellige action points med det formål at imødekomme problemstillingerne omkring BEPS. I forlængelse heraf har OECD løbende offentliggjort final reports som indeholder vejledning og retningslinjer for disse action points.

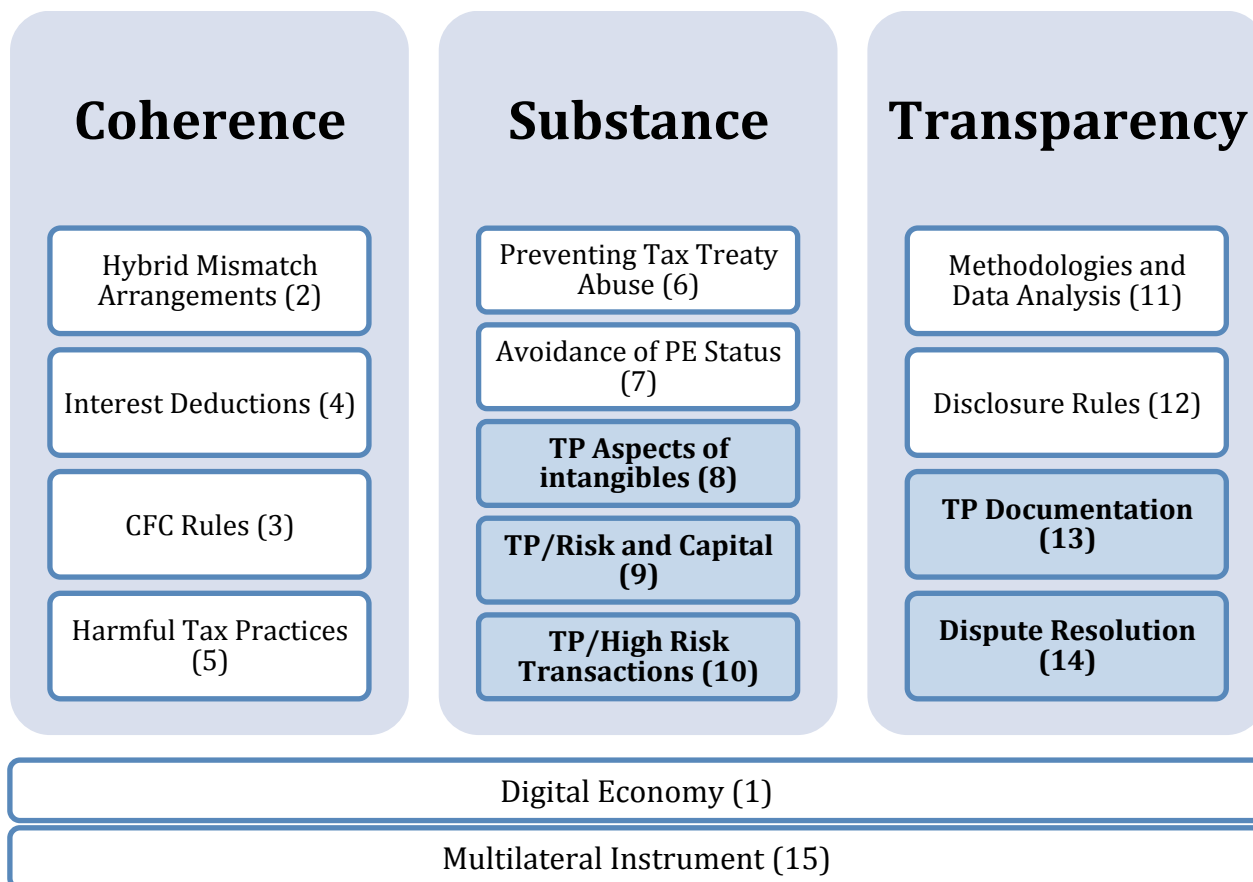
OECD's Action Plan består af 3 hovedelementer, sammenhæng, substans og gennemsigthed, hvilket også kan ses på figur 2.

¹⁴ <http://www.oecd.org/ctp/BEPS-FAQsEnglish.pdf> - 10. maj 2017

¹⁵ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing – Side 8



Figur 2 – OECD's Action Plan



Kilde: <https://www.slideshare.net/OECDtax/beps-webcast-8-launch-of-the-2015-final-reports> + Egen tilvirkning

Afhandlingen vil fokusere på de fremhævede relevante krav i ovenstående figur. Dette er, ved behandlingen af immaterielle aktiver, de forøgede substanskrav i action point 8, 9 og 10. Hertil vil gennemsigtighedskraverne i action point 13 omkring transfer pricing dokumentation, såvel som effektivisering af skattekonflikthåndtering i action point 14, også blive analyseret.

2.2.1 BEPS Action point 8-10

I maj 2016 blev OECD's Final report "*Aligning Transfer Pricing outcomes with value creation*" om BEPS action points 8, 9 og 10 godkendt. Disse action points er en opdatering af TPG fra 1996 og fokuserer på problematikkerne omkring immaterielle aktiver og allokering af profit internt i koncernen. Formålet med disse action points er, at sikre en korrekt allokering af profit i forhold til de enkelte koncernforbundne selskabers risici, aktiver og funktioner.



2.2.1.1 Action point 8 om immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver er et område der påkalder sig stor interesse fra OECD's side. Dette gør de fordi der ofte er mange penge involveret, det kan være svært at værdiansætte og det er nemt at flytte til et andet land. Det har derfor stor indflydelse på beskatningen i de enkelte lande hvor koncernen har dets aktiviteter. Det er både i udviklingen af det immaterielle aktiv, ved anskaffelsen samt ved anvendelsen, at der er store summer involveret. Ved et køb eller salg af et immaterielt aktiv i en koncernintern transaktion sker det, at det immaterielle aktiv overdrages til et enten for højt eller for lavt beløb, som ikke afspejler den korrekte værdi af aktivet. Action point 8 har derfor til formål at tage hånd om sådanne transfer pricing problemstillinger, således at værdien af det immaterielle aktiv er fastsat korrekt ved udnyttelse eller overdragelse. Ved udnyttelse af immaterielle aktiver skal det sikres, at betalingens størrelse er i overensstemmelse med selskabets funktioner, aktiver og risici.

Med opdateringen af TPG kapitel 6 har OECD udarbejdet en ny definition på immaterielle aktiver, samt kortlagt de vigtigste funktioner. OECD's baggrund for denne nye definition og hvilke funktioner i de enkelte koncernselskaber, der anses for de vigtigste vil analyseres nærmere i afhandlingens kapitel 5 om immaterielle aktiver.

2.2.1.2 Action point 9 om risiko og kapital

Action point 9 omhandler risiko og kapital. OECD har med dette action point præciseret den faktiske adfærds betydning, frem for den kontraktuelle. OECD har dermed forsøgt at imødekomme problematikken omkring forkert allokering af profit alene på baggrund af den kontraktuelle risiko-fordeling internt i koncernen, eller som følge af den kapital det pågældende selskab har stillet til rådighed. Det betyder altså, at koncernens risikoallokering skal begrundes i en faktisk adfærd og at selskabet, for at kunne tildeles risikoen, rent faktisk også har kontrol over denne, samt har den finansielle kapacitet til at bære den. Dette er også præciseret i det nye TPG kapitel 6 om immaterielle aktiver og i kapitel 1 afsnit D om armslængdeprincippet.

2.2.1.3 Action point 10 om andre højrisiko transaktioner

Action point 10 fokuserer på andre højrisiko transaktioner. Dette action point er et forsøg på, at imødekomme BEPS problematikken ved, at koncerner indgår i interne transaktioner som blot er fordelagtigt for koncernen som helhed, men for hvert enkelt selskab er irrationelt og ikke kan begrundes kommercielt. Dette er forhold som særligt skal overvejes, ved en koncernintern omstrukturering.



2.2.1.4 Dansk implementering af action point 8-10

OECD's Final Report, som blev godkendt i maj 2016, indeholder ingen ikrafttrædelsesdato, hverken for det opdaterede kapitel 6 om immaterielle aktiver, eller kapitel 1, afsnit D om armslængdeprincippet. Dette ligger også til grund for, at både OECD og SKAT anser de opdaterede kapitler som værende en præcisering af de forhenværende, fremfor en ændring. SKAT's juridiske vejledning angiver, at tolkningen og anvendelsen af armslængdeprincippet i OECD's modeloverenskomst artikel 9 og hermed også tolkningen af armslængdeprincippet i LL § 2, skal findes i OECD's TPG:

"... omfatter LL § 2 alle økonomiske elementer og øvrige vilkår af relevans for beskatningen, hvorfor alle korrektionsmuligheder i OECD's Transfer Pricing Guidelines er omfattet. ... Rækkevidden eller betydningen af armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, er ikke ændret ved opdateringen af kapitlerne i TPG. Der er i stedet tale om en præcisering og uddybning af armslængdeprincippet og den måde, hvorpå princippet anvendes i praksis"¹⁶.

SKAT har jf. SKM 2012,92H mulighed for, at korrigere både fremtidige såvel som fortidige dispositioner, herunder aftalegrundlaget hvis dette afgiver fra hvad uafhængige parter ville have aftalt. Dog fandt Højesteret i dommen SKM 2012,221 H, at korrektioner tilbage i tid var omfattet af en særlig 6 års frist, hvilket bevirker at korrektioner af interne transaktioner højst kan foretages 6 år tilbage i tid. Det betyder altså, at SKAT indtil 1. Maj 2017 har mulighed for, at korrigere interne transaktioner tilbage til indkomståret 2011, hvis de anvendte priser og vilkår ikke stemmer overens med priser og vilkår som ville kunne opnås mellem uafhængige parter.

2.2.2 BEPS Action point 13 om udbygning af kravene til koncernernes TP dokumentation

BEPS action point 13 omhandler transfer pricing dokumentation af værdiskabelsen i koncernen. Baggrunden for dette action point var, at øge gennemsigtigheden for de enkelte skattemyndigheder og derved gøre det muligt at foretage en langt bedre og mere pålidelig risikovurdering.¹⁷ Samtidig har skattemyndighederne bedre mulighed for, at identificere hvorvidt en koncern har haft transaktioner med henblik på, at drage fordel af en lavere skattesats i ét bestemt land. Formålet med dette var, at sikre koncernernes overholdelse af de generelle vilkår samt transfer pricing prisfastsættelsesvilkår ved kontrollerede transaktioner, så de prisfastsættes på samme måde som havde det været mellem to uafhængige parter. Hertil skal koncernen oplyse skattemyndighederne om indkomsten fra de

¹⁶ <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2049962&chk=214126> - 9. februar 2017

¹⁷ OECD (2015), Transfer Pricing Documentatin and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – side 11



pågældende transaktioner og OECD prøver gennem bøder, at skabe en kultur som afspejler at koncernerne holder sig indenfor de udstedte retningslinjer.¹⁸

Transfer pricing dokumentationen er bygget op omkring tre tilgange - En Master file, en Local file, og Country by Country Reporting.

Master file har til formål at beskrive koncernen som helhed, til brug for samtlige landes skattemyndigheder. Det betyder at denne dokumentation skal danne et overblik over koncernstrukturen, aktiviteterne, finansieringen af aktiviteterne, alle væsentlige immaterielle aktiver og transfer pricing politikker internt i koncernen¹⁹.

Local file virker som et supplement til master file og har til formål at levere detaljeret information omkring de specifikke kontrollerede transaktioner for hver skattepligtig enhed. Dette skal danne baggrund for, at skattemyndighederne kan foretage en vurdering om, hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med armslængde princippet.

Dette action point øger dokumentationsbyrden for selskaberne og kræver dermed flere ressourcer. Det betyder også at selskaber med denne regel skal levere mere detaljeret dokumentation til skattemyndighederne i de respektive lande. Der er imidlertid en bekymring fra selskaberne, omkring sikkerheden i overleveringen, opbevaringen og behandlingen af disse informationer.²⁰ Det kan i værste fald kan betyde at disse dokumenter kan havne i forkerte hænder, som fx offentligheden eller konkurrenter som kan bruge det til deres fordel.

2.2.2.1 Dansk implementering af action point 13's forøgede dokumentationskrav

De nye retningslinjer om TP dokumentation blev godkendt i maj 2016, men allerede offentliggjort i oktober 2015 og Danmark har sidenhen arbejdet på den danske implementering af disse, hvilket er sket som;

- Ny TP dokumentationsbekendtgørelse om Master og Local file
- Ny lovgivning i skattekontrollen (SKL) om country by country rapportering og country by country bekendtgørelse.

¹⁸ OECD (2015), Transfer Pricing Documentatin and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – side 14

¹⁹ OECD (2015), Transfer Pricing Documentatin and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – side 16

²⁰ <http://www.pwc.com/us/en/10minutes/pwc-10minutes-oecd-beps-global-tax-reform.pdf> - Side 5 - 10. maj 2017



Med de forøgede dokumentationskrav følger en ikrafttrædelsesdato, hvilket bevirker at ændringen, modsat præciseringen i action 8-10, kun kan ske fremadrettet. Dette betyder, at koncernerne fra og med 2016 kan anvende de nye regler, hvilket giver SKAT mulighed for, med hjemmel i LL § 2, at korrigere fremtidige dispositioner fra dette tidspunkt. Master file er implementeret i den danske lovgivning gennem dokumentationsbekendtgørelsens § 4, hvor Local file er implementeret i dokumentationsbekendtgørelsens § 5.

Kravene i den nye dokumentationsbekendtgørelse er ikke nye, men er blot udbygget og ophæver dermed den tidligere version. Med den nye dokumentationsbekendtgørelse er koncernerne nu, i henhold til § 4 stk. 3, påtvunget at beskrive alle immaterielle aktiver, herunder forretningsstrategi og angivelse af de juridiske ejere. Master file skal ligeledes indeholde information omkring koncerninterne aftaler vedrørende immaterielle aktiver, samt en beskrivelse af alle betydelige overførsler af immaterielle aktiver. Hertil skal koncernen beskrive hvor de vigtigste funktioner befinder sig. I henhold til dokumentationsbekendtgørelsens § 4 stk. 2, nr. 6 skal Master file indeholde en beskrivelse af alle omstruktureringer af betydning i koncernen, og i henhold til dokumentationsbekendtgørelsens § 5 stk. 1, nr. 2 skal der i Local file være en beskrivelse af hvordan de foretagende omstruktureringer påvirker det pågældende land, i denne sammenhæng Danmark.

2.2.3 BEPS Action point 14 om effektivisering af konfliktløsning

OECD udgav også action point 14 i deres BEPS action plan, som har til formål at styrke effektiviteten i MAP (Mutual agreement procedure) processen.

MAP processen bruges når koncernen befinder sig i en dobbeltbeskatningssituation, som følge af en indkomstændring af en koncernintern transaktion i et givent land. Denne dobbeltbeskatningsproblematik søges for koncernen, afklaret i en MAP proces. I sådanne tilfælde forhandler skattemyndighederne i de respektive lande om, at nå frem til en løsning for at koncernen, som har den givne transaktion, kan undgå denne dobbeltbeskatning. De nødvendige informationer, som landene ønsker for, at afklare de faktiske forhold om transaktionen, fremsendes af koncernen. Selve forhandlingen foregår mellem skattemyndighederne i de respektive lande og koncernen er derfor ikke part i sagen. I en MAP proces er skattemyndighederne ikke tvunget til at nå frem til en løsning, men for EU lande gælder dog, at hvis der ingen afgørelse er truffet indenfor en frist på 2 år, vil der blive nedsat en voldgiftskommission som træffer afgørelse. Der vil derfor i sådanne tilfælde ikke være risiko for dobbeltbeskatning. Såfremt begge af de respektive lande ikke er i EU, vil afgørelsen ske efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Action point 14 opfordrer dog til, at landene bliver enige. Sker dette ikke, vil koncernen altså have risiko for, at blive dobbeltbeskattet.



Med action point 14, vil OECD forsøge at minimere risikoen for dobbeltbeskatning. Dette gøres gennem konsistent og korrekt implementering af skatteaftaler og sikre at sagerne afsluttes rettidigt.²¹ Der er ydermere udviklet en minimumsstandard som skal sikre, at disse tvister løses korrekt og rettidigt, at der implementeres administrative processer samt at koncernerne kan få adgang til en MAP, når de er berettiget til det.²² Derudover er de forskellige lande forpligtet til, at lade sig overvåge af en overvågningsenhed som vil sikre at minimumsstandarden er effektivt implementeret.²³ Når et medlemsland forpligter sig til at implementere Action point 14, forpligter de sig samtidig til, at rapportere til MAP statistikker.²⁴

Figur 3 – Udviklingen i antallet af MAP sager

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
 Denmark	15	18	21	22	20	24	24	22	43	52
TOTAL	1036	1176	1311	1599	1341	1624	1678	1910	2259	2509

Kilde: <http://www.oecd.org/tax/dispute/map-statistics-2015.htm>

Ovenstående figur viser hvor mange nye MAP sager der er for hvert år. Som det ses ud fra ovenstående statistikker forekommer der flere og flere MAP sager og på verdensplan er antallet af MAP sager steget med 242 % i perioden 2006-2015, mens man i Danmark har oplevet en stigning på 347 % i samme periode. Det er derfor meget aktuelt både i Danmark og globalt.

2.3 Status på implementering af OECD BEPS i medlemslandene

BEPS er i konstant fokus på verdensplan og flere lande tilslutter sig løbende projektet. En tilslutning til projektet medfører en vis indflydelse, da man indgår i et samarbejde med de resterende lande på lige fod med henblik på videreudvikling. Dette kaldes af OECD "the inclusive framework"²⁵ og pr. 10.05.2017 er der 96 lande tilsluttet.

²¹ OECD (2015), Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – Side 9

²² Ibid

²³ OECD (2015), Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris – Side 37

²⁴ OECD (2016), BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms – Peer Review Documents, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris – Side 5

²⁵ <http://www.oecd.org/ctp/beps/centre-for-tax-policy-and-administration-brochure.pdf> 10. maj 2017



Figur 4 - OECD BEPS medlemmer

1. Andorra	37. Guernsey	74. Poland
2. Angola	38. Haiti	75. Portugal
3. Argentina	39. Hong Kong (China)	76. Romania
4. Australia	40. Hungary	77. Russia
5. Austria	41. Iceland	78. San Marino
6. Belgium	42. India	79. Saudi Arabia
7. Belize	43. Indonesia	80. Senegal
8. Benin	44. Ireland	81. Seychelles
9. Bermuda	45. Isle of Man	82. Sierra Leone
10. Brazil	46. Israel	83. Singapore
11. British Virgin Islands	47. Italy	84. Slovak Republic
12. Brunei Darussalam	48. Jamaica	85. Slovenia
13. Bulgaria	49. Japan	86. South Africa
14. Burkina Faso	50. Jersey	87. Spain
15. Cameroon	51. Kazakhstan	88. Sri Lanka
16. Canada	52. Kenya	89. Sweden
17. Cayman Islands	53. Korea	90. Switzerland
18. Chile	54. Latvia	91. Turks and Caicos Islands
19. China (People's Republic of)	55. Liberia	92. Turkey
20. Colombia	56. Liechtenstein	93. Ukraine
21. Congo	57. Lithuania	94. United Kingdom
22. Costa Rica	58. Luxembourg	95. United States
23. Côte d'Ivoire	59. Macau (China)	96. Uruguay
24. Croatia	60. Malaysia	
25. Curaçao	61. Malta	
26. Czech Republic	62. Mauritius	
27. Denmark	63. Mexico	
28. Democratic Republic of the Congo*	64. Monaco	
29. Egypt	65. Netherlands	
30. Estonia	66. New Zealand	
31. Finland	67. Nigeria	
32. France	68. Norway	
33. Gabon	69. Pakistan	
34. Georgia	70. Panama	
35. Germany	71. Papua New Guinea	
36. Greece	72. Paraguay	
	73. Peru	

Kilde: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>



2.4 Delkonklusion

OECD's BEPS projekt blev udarbejdet på baggrund af problematikkerne omkring forkert allokering af profit og af samme årsag, en mistet skattebetaling på flere hundrede milliarder dollars globalt set. Formålet fra OECD's side var, at imødekomme dette problem og sikre sig, at multinationale selskaber allokerer deres profit korrekt og undgå en ulige skattekonkurrence.

BEPS action point 8 omhandler immaterielle aktiver og har til formål at sikre, at værdiansættelsen af immaterielle aktiver sker korrekt, herunder sikre, at selskabet der påtager sig risikoen ved de værdiskabende funktioner også er selskabet der modtager betalingen herfor. Action point 9 medfører at den faktiske adfærds betydning bliver tillagt større vægt end den kontraktuelle og hermed undgå rene proforma aftaler. Hertil er action point 10 et forsøg på, at undgå transaktioner som udelukkende gavner én af parterne i transaktionen.

OECD's action point 8, 9 og 10 er implementeret i dansk lovgivning som en præcisering af de forhenværende retningslinjer, hvorfor SKAT har mulighed for at korrigere fremadrettet, men også i fortidige dispositioner, dog begrænset af en særlig frist på 6 år.

Action point 13 om transfer pricing dokumentation havde til formål at øge gennemsigtigheden for skattemyndighederne, samt at gøre risikovurderingen mere pålidelig. Dette gøres i dansk lovgivning gennem en Master- og Local file, som er implementeret i den nye dokumentationsbekendtgørelse fra foråret 2016. Med de forøgede dokumentationskrav følger en ikrafttrædelsesdato, hvilket bevirker at SKAT kun har mulighed for at korrigere fremadrettet.

Action point 14 er et forsøg på, at styrke MAP processen så dobbeltbeskatning undgås og de respektive skattemyndigheder bliver enige om en fælles løsning. Styrkelsen af processen sker gennem konsistent og korrekt implementering af skatteaftaler og ved at MAP sagerne afsluttes rettidigt.

På nuværende tidspunkt er der på verdensplan stor tilslutning til projektet og status er, at der pr. 10.05.2017 er 96 lande tilsluttet.



3. Armslængde princippet og sammenlignelighed

TPG kapitel 1 afsnit D blev som følge af udviklingen af BEPS projektet, ligeledes opdateret med henblik på, at sikre en overensstemmelse retningslinjerne og BEPS projektet.

Afhandlingens kapitel tre har til formål, at undersøge og analysere hvordan de opdaterede retningslinjer anvendes og hvilken påvirkning det har på multinationale koncerners grænseoverskridende kontrollerede transaktioner. Kapitlet vil undersøge betydningen af forskelle mellem de kontraktuelle vilkår og den faktiske adfærd samt hvilke faktorer der kan have indflydelse på prisfastsættelsen og hvordan disse faktorer kan bruges. Betydningen af de enkelte koncernselskabers bidrag af funktioner, aktiver og risici vil ligeledes undersøges og hertil skattemyndighedernes muligheder for ikke, at anerkende en kontrolleret transaktion.

3.1 Identifikation af kommercielle eller finansielle relationer

Armslængdeprincippet går ud på, at vilkår og priser aftalt i **Figur 5 - Sammenlignelighedsfaktorer**

kontrollerede transaktioner skal stemme overens med hvad uafhængige parter i en sammenlignelig situation ville have aftalt. En sådan vurdering foretages på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse. Denne analyse indeholder to særligt vigtige aspekter, nemlig at den skal identificere den kontrollerede transaktion, herunder de relevante kommercielle eller finansielle relationer med henblik på, at fastlægge den præcise og faktiske kontrollerede transaktion. Andet aspekt af analysen består i, at sammenligne de økonomiske relevante omstændigheder mellem kontrollerede parter og uafhængige parter.

Når en sammenligning af kontrollerede og uafhængige parter foretages, gøres dette ud fra sammenlignelighedsfaktorerne som er vist i figur 5. *Kilde: Egen tilvirkning*

Sammenlignelighedsfaktorer

Kontraktuelle betingelser

Funktions- og risikoanalyse

Produktets eller ydelsens egenskaber

Økonomiske omstændigheder

Forretningsstrategier

Ved anvendelse af armslængdeprincippet skal de enkelte koncernselskaber sammenligne og vurdere den kontrollerede transaktion med andre realistiske alternativer. Selskabet vil derfor kun indgå i



aftalen såfremt de ikke stilles værre end ved at indgå i andre sammenlignelige transaktioner, eller andre alternativer som opfylder deres forretningsmæssige behov.

Fra et selskabs synspunkt kan dette medføre nogle problematikker, da skattemyndighederne i praksis har mulighed for, at pålægge selskabet en endnu større dokumentationsbyrde i form af dokumentation omkring selskabets realistiske alternativer. Dette anvendes som vurderingsgrundlag for selskabets indtræden i transaktionen.

I tilfælde af forskelle mellem den kontrollerede transaktion og den sammenlignelige situation, skal disse forsøges justeret.

3.1.2 Kontraktuelle betingelser i transaktionen

En transaktion er et udtryk for den kommercielle eller finansielle relation mellem de respektive parter og er som oftest formaliseret gennem en kontrakt, der afspejler parternes hensigt på tidspunktet for kontraktens indgåelse. Den kan dog også være beskrevet på anden måde eksempelvis gennem kommunikation mellem parterne i form af mødereferater, mailkorrespondance m.v.²⁶ Kontrakten indeholder typisk information omkring selskabernes ansvar, forpligtelser, risiko og rettigheder. Denne kontrakt vil, hvis den er formaliseret, udgøre udgangspunktet for fastlæggelsen af den faktiske transaktion og hvordan et forventet afkast skal allokeres.

Kontrakten vil typisk ikke indeholde alt den nødvendige information med henblik på, at fastlægge den faktiske transaktion, hvilket kræver en yderligere analyse af de resterende sammenlignelighedsfaktorer. Disse vil tilsammen danne grundlag for en sådan fastlæggelse.

Ved vurderingen af transaktionen skal uoverensstemmelser mellem de kontraktmæssige vilkår og den faktiske adfærd tages til overvejelse. Det skal vurderes hvorvidt parternes faktiske adfærd adskiller sig fra de kontraktuelle vilkår, om informationerne giver et fuldstændigt billede af transaktionen, om transaktionen er karakteriseret forkert eller er opfundet. Ved uoverensstemmelser mellem de kontraktuelle vilkår og parternes faktiske adfærd, er det den faktiske adfærd i forhold til funktioner, aktiver og risici som danner baggrund for fastlæggelsen af transaktionen.

²⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 18



"Where conduct is not fully consistent with economically significant contractual terms, further analysis is required to identify the actual transaction"²⁷.

Forståelsen af dette citat kan i praksis skabe problematikker. Der kan også være forskelle mellem de kontraktuelle vilkår og den faktiske adfærd i transaktioner mellem uafhængige parter, der har modstridende interesser, hvorfor disse forskelle godt kan være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Uafhængige parter antages dog kun at ville acceptere en forskel hvis det vedrører udefrakommende forhold eller en ændret aftale som begge parter accepterer. OECD synes at forudsætte, at uafhængige parter vil opdatere aftalegrundlaget og OECD beskriver heller ikke hvornår forskellen kan betegnes som værende signifikant, hvorfor der kan opstå uoverensstemmelser mellem skattemyndigheder og selskabernes fortolkning af sådanne forskelle. Skattemyndighedernes reguleringsbeføjelser kan i en sådan situation derfor være uhensigtsmæssige og skattemyndighederne bør derfor tage højde for de forskelle der kan være mellem uafhængige parter, og ikke alene fokusere på muligheden for, at ændre transaktionen.

Hvis en kontrakt er mangelfuld, skal den suppleres med oplysningerne opnået gennem sammenlignelighedsanalysen. Hvis der derimod ikke er formaliseret en kontrakt som følge af, at transaktionen slet ikke er blevet identificeret, skal substansen i transaktionen fastlægges ud fra parternes faktiske adfærd.²⁸

3.1.3 Funktions- og risikoanalysen

3.1.3.1 Funktionsanalysens betydning

Funktionsanalysen har i en transfer pricing sammenhæng til formål, at identificere parternes faktiske og økonomisk betydelige funktioner, aktiver som anvendes og risici som påtages. Dette sker da parternes faktiske bidrag og finansielle kapacitet i forhold til transaktionen har indflydelse på, hvorvidt de bør indtræde i transaktionen som følge af deres realistiske alternativer. Det betyder at de enkelte koncernselskaber ved sammenligning af den kontrollerede transaktion med transaktioner mellem uafhængige parter er nødsaget til, at vurdere hvorvidt en sådan finansiell kapacitet er svarende til den finansielle styrke som uafhængige parter har.

²⁷ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 19

²⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 18



Ydermere skal funktionsanalysen fastlægge hvilken type af aktiver transaktionen omfatter, samt hvilke egenskaber disse aktiver har.²⁹

3.1.3.2 Risikoanalysens betydning

I forlængelse af funktionsanalysen skal der foretages en identifikation af de risici som parterne i transaktionen har påtaget sig. Dette gøres da den faktiske påtagelse af risici påvirker prisen og vilkårene i en kontrolleret transaktion. En sådan identifikation af risici hænger sammen med en identifikation af parternes udførte funktioner og anvendte aktiver og foretages med det formål, at fastlægge den faktiske transaktion, samt prisen og vilkårene. Risici defineres i TPG som:

"... the effect of uncertainty on the objectives of the business"³⁰.

Denne definition har været vigtig, da risici i forskellige situationer kan tolkes forskelligt og derfor medføre problematikker. Risici er ikke vigtigere end funktioner og aktiver, men kan være sværere at fastlægge.³¹ En fastlæggelse af parternes risici kræver derfor en grundig analyse af transaktionen og parternes faktiske adfærd.

OECD bruger kapitel 1 til at beskrive de vigtigste betegnelser, hvorfor disse også vil blive gennemgået i dette kapitel, da det har betydning for forståelsen af resten af afhandlingen som helhed.

Risikostyring

Risikostyring er en betegnelse for de funktioner som har til formål, at vurdere og reagere på risici forbundet med en aktivitet. Denne funktion omfatter flere elementer i form af evnen til at træffe beslutninger omkring afståelse af risiko sammenholdt med den faktiske udførelse af beslutningstagerfunktionerne. Hertil om man besidder kompetencen til at træffe beslutninger omkring hvorvidt der skal reageres på de pågældende risici sammenholdt med den faktiske udførelse af beslutningstagerfunktionerne. Til sidst hvorvidt selskabet besidder den finansielle kapacitet til, at minimere risici

²⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 21

³⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 25

³¹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 22



gennem diverse foranstaltninger.³² Sådanne foranstaltninger kunne være afdækning af valutakursrisici ved at indgå kontrakter i euro frem for eksempelvis US dollars. Risikoen vil på den måde minimeres, da Danmark har en fastkurs politik overfor euroen.

Risikopåtagelse

En påtagelse af risici betyder, at selskabet som påtager sig disse risici forpligter sig til at bære både de finansielle samt andre konsekvenser, hvis risikoen realiseres, men samtidig også modtage eventuelle afkast som følge heraf.

Finansiel kapacitet til at bære risiko

At have den finansielle kapacitet til at bære en risiko betyder, at selskabet også rent faktisk har den finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne hvis risikoen realiseres. Det skal derfor undersøges hvorvidt selskabet, havde det været uafhængigt, ville kunne opnå samme grad af finansiering af risikoen under sammenlignelige omstændigheder.

En vurdering af den finansielle kapacitet indebærer ydermere en vurdering af de aktiver som der ejes, samt andre realistiske muligheder for yderligere likviditet til at dække de forventede omkostninger ved realisering af risikoen.

Kontrol over risiko

Kontrol over en specifik risiko betegnes som evnen til at træffe beslutninger i forhold til denne risiko. Hvis en godkendelse af beslutninger udelukkende er af formel karakter, vil dette ikke indebære at have kontrol over en specifik risiko.³³ Selve udførelsen af en funktion er ikke nødvendig for, at have kontrol over risikoen. Dette betyder at en outsourcing af sådanne funktioner godt kan lade sig gøre uden, at der gives afkald på kontrollen af disse. Dette kræver dog kompetenceevne omkring visse forhold.

Beslutningstagerfunktioner

Beslutningstagerfunktioner er evnen og kompetencen til at træffe beslutninger omkring påtagelsen af risici. Dette kræver forståelse og indsigt i den pågældende risiko og kræver, at oplysninger omkring denne analyseres med det formål at vurdere de sandsynlige konsekvenser. Det betyder, at det selskab

³² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 22-23

³³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 24



som påtager sig en risiko også skal have adgang til oplysninger omkring denne, hvilket kan ske ved at indhente oplysninger på egen hånd eller ved at få andre til at indhente dem.³⁴

Minimering af risiko

Risikominimering kan ske ved udførelse af funktioner. Dette kan ske ved, at tage foranstaltninger som træffes med det formål, at begrænse den usikkerhed som kan opstå i den kontrollerede transaktion. Dette kunne eksempelvis være afdækning af valutakursrisici ved at foretage hedging eller aftale salg i euro.

Selve risikoanalysen består af 6 trin, som vist på figur 6.

Figur 6 - Risikoanalysen

1. Identifikation af økonomisk væsentlige risici

I en transfer pricing sammenhæng er risiko defineret som sandsynligheden for, at der opstår forskel mellem det forventede og faktiske resultat, hvad enten det er positivt eller negativt.³⁵

OECD nævner flere former for risici der kan have økonomisk betydning og derfor skal identificeres, herunder strategiske eller markedsrisici, infrastrukturelle eller operationelle risici, økonomiske risici, transaktionsrisici samt skades og ulykkes risici.³⁶

Det er relevant at skelne mellem interne og eksterne drevne risici med henblik på, at afklare hvor usikkerheden konkret stammer fra. Interne risici er risici som selskabet har påtaget sig og som kan henledes til selskabets forretningsgange, som eksempelvis ansatte der begår fejl i produktionen. Det betyder altså, at selskabet selv har mulighed for, at kontrollere disse risici.



Kilde: Egen tilvirkning

³⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 24

³⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 25

³⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 26



Eksterne risici er risici hvor selskabet ikke har kontrol med dem og som kan stamme fra politiske og økonomiske begivenheder, konkurrencemæssige aspekter samt teknologisk udvikling og ændringer i social eller miljømæssig adfærd.

2. Kontraktlig påtagelse af risici

Ofte vil selskaberne i en kontrolleret transaktion indgå en skriftlig kontrakt med henblik på deres tilsigtede påtagelse af risici. En sådan kontrakt vil danne udgangspunkt for risikoanalysen.

Et selskabs kontraktmæssige påtagelse af risiko har til formål at beskrive og vise selskabets rettigheder og forpligtelser i forhold til konsekvenserne ved realisering af den pågældende risiko. En risiko skal være ukendt for at kunne betegnes som en risiko. Er risikoen allerede kendt på tidspunktet for påtagelsen af denne, vil dette ikke kvalificeres som en egentlig påtagelse.

3. Analyse af selskabernes funktioner i forhold til risiko

En analyse af selskabernes funktioner i forhold til risiko skal indeholde informationer omkring de kontrollerede selskabers faktiske adfærd i forhold til påtagelse og styring af de væsentlige risici. Hertil skal det fastlægges hvilket selskab der træffer beslutninger omkring minimering af risiko, hvilket selskab som bærer konsekvenserne ved realisering af disse risici samt hvorvidt selskabet har den finansielle kapacitet til dette.

4. Tolkning af oplysninger fra punkt 1-3

Der skal efterfølgende tolkes på de oplysninger som er opnået gennem punkt 1-3 i analysen.

En justering hertil skal kun foretages hvis den kontraktuelle og faktiske påtagelse er forskellig. Her vil den faktiske adfærd danne baggrund for vurderingen af allokeringen. Det er muligt at begge selskabers risikopåtagelse skal accepteres og respekteres, hvis de begge udfører kontrollen med risikoen samt har den fornødne kapacitet til at påtage sig risikoen.

5. Allokering af risici

Risikoen i en transaktion skal allokere til det selskab som faktisk udøver kontrollen over risikoen samt har kapaciteten til at bære denne. Er der flere selskaber som gør dette, vil en allokering skulle ske til det selskab som udøver mest kontrol.³⁷

³⁷ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 33



6. Prisfastsættelse af den fastlagte transaktion

En aflønning af de enkelte bidragende koncernselskaber sker på baggrund af hvilket selskab der bærer den faktiske risiko i tilfælde af en realisering af denne. Herudover vil det koncernselskab der varetager beslutningstagerfunktionerne omkring minimering af risiko også skulle aflønnes herfor.

Et koncernselskab som ikke har kontrolleret en given risiko skal derfor ikke modtage betaling som følge af en påtagelse af denne.

3.1.4 Produktets eller ydelsens egenskaber

Med hensyn til immaterielle aktiver er det essentielt at identificere hvilken type der er tale om, samt hvorvidt der er sket en overdragelse eller et egentligt salg af dette. OECD har i TPG 2016 givet konkrete anbefalinger til hvordan selskaber kan foretage en egentlig værdiansættelse af de immaterielle aktiver. Produktets egenskaber for immaterielle aktiver analyseres gennem en sammenlignelighedsanalyse. De vigtige egenskaber angives som værende eksklusiviteten af det immaterielle aktiv, omfanget og løbetiden af retsbeskyttelsen, geografisk rækkevidde, økonomisk levetid, udviklingen, videreudvikling, samt forventede fremtidige fordele.³⁸ Dette er analyseret nærmere i afhandlingens kapitel 5.

3.1.5 Økonomiske omstændigheder

De økonomiske omstændigheder kan påvirke prisen på præcis samme produkt eller service, afhængig af hvilket marked der er tale om. I en sammenlignelig situation skal de økonomiske omstændigheder derfor være ens. Er omstændighederne ikke ens, skal det derfor være muligt at justere for de eventuelle forskellene. Særlige forhold som her er relevante at fastlægge er den geografiske placering, størrelsen på markedet, konkurrencen på markedet, forhandlingsposition mellem køber og sælger, produktcyklusser, risiko forbundet med substituerende produkter eller services, offentlig regulering af markedet, købekraft og omkostningsniveau og hvor i distributionskæden transaktionen finder sted. Ydermere skal samfundsøkonomiske konjunkturer og andre makroøkonomiske forhold, også indgå i analysen, hvis de påvirker en armslængde vurdering.³⁹

³⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - Side 94-96

³⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 36



3.1.6 Forretningsstrategier

Forretningsstrategier er relevant da forskellige forretningsstrategier kan have indflydelse på priser og vilkår i transaktionen. Forretningsstrategier som her skal tages til overvejelse er forhold som innovation, produktudvikling, diversifikation, risikoaversion, vurdering af politiske ændringer, input og ændringer til eksisterende og nye lovgivninger, aftalens løbetid samt andre forhold i selskabets daglige adfærd.⁴⁰ Ydermere skal markedspenetrationsstrategier også tages til overvejelse. Dette skyldes, at et selskab i en situation hvor det penetrerer et marked, eller forsøger at øge markedsandelen på det pågældende marked muligvis anvender priser som adskiller sig fra priserne på sammenlignelige produkter på det samme marked.

De forretningsmæssige tiltag skal identificeres og det skal undersøges hvilket mål de har haft, hvordan det bedst opnås, hvilken baggrund tiltaget skyldes samt hvordan og hvor længe tiltagene kan have indflydelse på prisen.⁴¹ Der skal tages højde for flere forskellige faktorer ved vurderingen af et selskabs forretningsstrategi. Hvis et selskab har haft lav profit i en længere periode, skal skattemyndighederne vurdere om dette er i overensstemmelse med forretningsstrategien.

Ligeledes skal der foretages en vurdering af hvorvidt forholdet mellem selskaberne giver anledning til, at det pågældende selskab bærer omkostninger ved forretningsstrategien.

En vurdering som i forlængelse af ovenstående er yderst relevant er, at vurdere hvorvidt det enkelte koncernselskabs forventning om en fremtidig øget indtjening, som følge af forretningsstrategien, retfærdiggør niveauet af omkostninger i en given periode. Dette vurderes på baggrund af armslængdeprincippet og om dette ville være acceptabelt for uafhængige parter i en sammenlignelig situation.⁴²

"However, if such an expected outcome was implausible at the time of the transaction, or if the business strategy is unsuccessful but nonetheless is continued beyond what an independent enterprise would accept, the arm's length nature of the business strategy may be doubtful and may warrant a transfer pricing adjustment"⁴³.

⁴⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 37

⁴¹ Ibid

⁴² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 38

⁴³ Ibid



Det betyder altså, at selvom den forventede øgede indtjening på transaktionstidspunktet synes sandsynlig, har skattemyndighederne mulighed for at justere et givent transfer pricing forhold, hvis forretningsstrategien ikke er succesfuld og fortsættes i længere tid end hvad uafhængige parter ville have accepteret.

3.2 Anerkendelse af en kontrolleret transaktion

Det er ikke af afgørende betydning om en transaktion ville være gennemført mellem uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder, da koncernforbudne selskaber godt kan indgå i transaktioner som aldrig, eller kun sjældent ses mellem uafhængige selskaber. Hvis en sammenlignelig transaktion ses mellem uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder, skal den fastlagte kontrollerede transaktion altid anerkendes.⁴⁴

I tilfælde hvor der ikke findes sammenlignelige transaktioner, skal det vurderes hvorvidt transaktionen skal anerkendes eller ej. Der foreligger i et sådan tilfælde et rationalitetsprincip, hvilket betyder at hvis transaktionen er økonomisk og forretningsmæssigt rationel, så skal den anerkendes. Transaktionen kan betegnes rationel, hvis hvert koncernselskab ikke stilles værre efter transaktionens gennemførelse end før, dvs. hvis der ikke foreligger bedre alternativer end at indgå i transaktionen. Denne vurdering skal ske ud fra hver enkelt selskabs synsvinkel og ikke ud fra koncernen som helhed. Hvis en transaktion ikke er økonomisk og forretningsmæssig rationel og der ikke foreligger sammenlignelige uafhængige transaktioner, skal transaktionen ikke anerkendes. Det er ikke afgørende om der findes en sammenlignelig transaktion eller ej, hvis det blot vurderes at uafhængige selskaber ikke ville have indgået i en transaktion under sammenlignelige omstændigheder. Hvis en transaktion kun tilfører koncernen værdi i form af skattebesparelser, men selskaberne individuelt ikke har nogen fordel af transaktionen, skal den heller ikke anerkendes. Andre tilfælde hvor en transaktion ikke skal anerkendes kan eksempelvis være hvis der ikke er et marked for den pågældende transaktion og den derfor er irrationel eller hvis prisen i en transaktion fastlægges på baggrund af spekulationer om et potentielt resultat.⁴⁵

⁴⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 39

⁴⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 40



3.3 Behandling af tab for koncernselskaber

Der kan være mange årsager til at et selskab lider et tab. Det kan være som følge af høje opstartsomkostninger for nyetablerede selskaber, forøgede markedsføringsomkostninger eller nedsatte salgspriser som led i en ændret forretningsstrategi, ugunstige økonomiske forhold på et givent marked, omstrukturingsomkostninger eller andre forretningsmæssige årsager. Fælles for disse omkostninger er, at de er midlertidige og selskabet bør derfor i fremtiden opleve en forøget indtjening når udgifterne igen falder eller markedsforholdene ændrer sig.

Når et koncernselskab oplever vedvarende tab, mens koncernen som helhed har overskud, så kræver det en dybdegående analyse af årsagerne hertil. Det kan være en indikation på, at selskabet med underskud ikke bliver aflønnet i den rette størrelsesorden i forhold til de aktiviteter der udføres. Aflønningen skal ske ud fra hvad en uafhængig part ville kræve af kompensation for at udføre den samme aktivitet. Et uafhængigt selskab ville ikke acceptere tab over en længere periode, hvis der ikke var udsigt til en fremtidig indtjening og i et sådan tilfælde ville et uafhængigt selskab lukke.

3.4 Offentlig regulering

Offentlig regulering kan være priskontrol, betalingsforbud, rentefastsættelse, kontrol over betalinger af service og management fee, kontrol over royalty betalinger, valutakontrol, valutakurspolitik eller tilskud til visse brancher.⁴⁶ Disse reguleringer skal behandles som økonomiske omstændigheder i det pågældende land, ved fastsættelse af en armlængde pris.

3.5 Anvendelsen af toldværdier

Armlængdeprincippet bruges i denne sammenhæng af toldmyndigheder til at sammenligne værdien af varer importeret af kontrollerede selskaber og værdien af samme varer importeret af uafhængige selskaber.⁴⁷ Toldmyndighederne og skattemyndighederne kan hver især have oplysninger som er relevante for den anden part i forhold til at fastlægge en armlængdepris og fastslå toldværdien på en vare. Dette foreligger på baggrund af, at der kan være en fordel for skatteyder ved at sætte prisen lavt på en vare, da tolden dermed ligeledes bliver lav. En højere pris vil derimod øge tolden på den givne vare. OECD opfordrer til større samarbejde på tværs af myndighederne samt mellem skatteyder og

⁴⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 41

⁴⁷ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 43



myndighederne, da det kan mindske antallet af sager hvor værdiansættelsen i en transaktion er uacceptabel.⁴⁸

3.6 Markedsmæssige forhold i sammenlignelighedsanalysen

De markedsmæssige forhold kan påvirke prisen i en transaktion og det er derfor vigtigt at vurdere disse i en sammenlignelighedsanalyse. Det er vigtigt at fastslå om der foreligger specielle markedsmæssige forhold, hvor der eksempelvis er lokale omkostningsbesparelser, hvor store besparelserne er, hvor stor en del af dette beløb der bliver i koncernen og hvor stor en del der går videre til kunder eller leverandører. Hertil hvordan uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder havde fordelt det tilbageværende beløb imellem sig.⁴⁹

Hvis der foreligger fordele på baggrund af de markedsmæssige forhold og disse forbliver i koncernen, skal der foretages en armslængdetest på baggrund af transaktioner mellem uafhængige selskaber under sammenlignelige omstændigheder, hvor der automatisk tages højde for disse fordele. Hvis sådanne transaktioner ikke eksisterer, skal der foretages en hypotetisk armslængdetest af allokeringen baseret på koncernselskabernes forhandlingsstyrke, herunder de enkelte koncernselskabers funktioner, aktiver og risici.⁵⁰

Der er andre faktorer der påvirker sammenligneligheden, herunder; den lokale købekraft, produktpræferencer, om markedet er ekspansivt eller kontraktivt konkurrencesituationen, infrastrukturen i landet, uddannelsesniveauet og afstanden til profitable markeder. Der skal tages højde for disse faktorer i en armslængdetest, ved så vidt muligt at bruge sammenlignelige transaktioner fra samme marked mellem uafhængige selskaber, som har samme niveau funktioner, aktiver og risici.

Der skelnes i TPG mellem markedskarakteristika der ikke er immaterielle aktiver og kontraktrettigheder samt offentlige tilladelser. Der sondres mellem rettigheder der begrænser konkurrenters adgang til markedet og de rettigheder der udstedes til alle selskaber og ikke begrænser adgangen til markedet. Den første ret er værdifuld mens den anden ikke har værdi, da den også gælder for alle

⁴⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 43

⁴⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 43-44

⁵⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 44



andre. Markedsforholdene har ligeledes betydning i forbindelse med omstruktureringer og armslængdeprisen bør afspejle denne betydning.

OECD nævner ikke markedsform (monopol, duopol, oligopol osv.) som en sammenlignelighedsfaktor, dette er dog relevant og der bør derfor tages højde for dette i en armslængdetest, da det kan have stor indflydelse på priser og afkast på det pågældende marked.

3.7 Samlet medarbejderstab og betydningen heraf

En erfaren medarbejderstab der besidder unik viden og kompetencer kan være meget værdifuld for selskaberne og påvirker dermed også priserne i forhold til selskabets varer eller services. Det er derfor vigtigt at vurdere dette i forbindelse med sammenlignelighedsanalysen og ved en beregning af en armslængdepris, kan det være nødvendigt at justere for dette.

Særligt i forbindelse med virksomhedsoverdragelser kan dette opstå. I den forbindelse kan det være nødvendigt at justere værdien af de overdragne aktiver, hvis en unik medarbejderstab indgår.

Ved udstationering af medarbejdere er det vigtigt at holde for øje, at dette normalt ikke har indflydelse på selskabernes indtægt. Det udløser dog en kompensation i forhold til den service der leveres af de udstationerede medarbejdere. Det er desuden vigtigt at vurdere om der i sådanne situationer, overdrages værdifuld know-how eller andre immaterielle aktiver. I så fald skal dette medtages i vurderingen af en armslængdepris, hvilket uddybes yderligere i afhandlingens kapitel 5.

En samlet medarbejderstab med unikke kompetencer og erfaringer kan forøge værdien af immaterielle aktiver, der er overdraget til et koncernforbundet selskab selvom medarbejderstaben ikke overdrages, men blot udlånes.⁵¹

3.8 Gruppesynergiers betydning

Gruppesynergier er en betegnelse for de fordele eller ulemper som koncernforbundne selskaber har som følge af at de indgår i samme koncern.⁵²

Et eksempel på dette kan forklares således:

Selskab A og Selskab B er koncernforbundne. Selskab A har kreditvurderingen A+ og Selskab B har kreditvurderingen C. Da disse selskaber er koncernforbundne er det muligt for Selskab B at opnå en

⁵¹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 47

⁵² <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2232638&chk=214126> 10. maj 2017



højere kreditvurdering, som følge af at Selskab A har en højere kreditvurdering. Betingelserne i et lån vil derfor være mere fordelagtige i forhold til hvis Selskab B stod alene.

Hvis fordelene eller ulemperne ved gruppesynergier skyldes et passivt samarbejde koncernselskaberne imellem, skal der ikke foretages betaling. Har det ene selskab derimod aktivt medvirket til at en fordel opnås, skal der foretages en betaling til det selskab der har medvirket til opnåelsen af fordelen. Der skal derfor ikke foretages betaling i ovenstående eksempel, medmindre at Selskab A aktivt har medvirket til at Selskab B har opnået mere gunstige vilkår, eksempelvis ved at kautionere for Selskab B.

Hvis et selskab aktivt har medvirket til at det andet selskab opnår en fordel, allokeres fordelen mellem selskaberne ved hjælp af en fordelingsnøgle på baggrund af deres respektive bidrag. Eksempelvis ved opnåelse af mængderabat på et større indkøb. I dette tilfælde allokeres rabatten i forhold til omfanget af de respektive selskabers køb.⁵³

Koncernselskaber der ikke direkte yder et bidrag til at skabe fordele, men som udfører støttende funktioner skal ikke have andel i fordelene, men derimod aflønnes for de udførte funktioner.⁵⁴

3.9 Delkonklusion

OECD TPG kapitel 1 afsnit D blev som følge af det øgede fokus på BEPS og udviklingen af BEPS projektet, godkendt i maj 2016. Opdateringen af kapitlet har til formål at sikre, at kontrollerede transaktioner bliver identificeret og at prisen i disse transaktioner fastlægges ud fra armslængdeprincippet og ikke alene på baggrund af den kontraktuelle aftale.

Sammenlignelighedsanalysen anvendes til at sammenligne transaktioner mellem kontrollerede og uafhængige selskaber. Herunder anvendes de fem sammenlignelighedsfaktorer til at fastlægge prisen i den kontrollerede transaktion. Hver faktor vurderes for sig og hvis faktorerne mellem uafhængige selskaber adskiller sig fra faktorerne i den kontrollerede transaktion, skal der justeres med henblik på, at opnå et tilstrækkeligt grundlag for sammenligning.

En identifikation af den kontrollerede transaktion foretages gennem en funktions- og risikoanalyse, som skal identificere de immaterielle aktivers bidrag til værdiskabelsen i transaktionen, de vigtige funktioner som er udført og specifikke risici påtaget.

⁵³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 48

⁵⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 49



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Substansen i aftalevilkårene er afgørende, da en vurdering foretages på baggrund af den faktiske adfærd, hvis denne adskiller sig fra de kontraktuelle vilkår. Den faktiske påtagelse af risici vurderes ud fra koncernselskabets finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne, hvis risikoen realiseres samt hvilket koncernselskab der kontrollerer beslutningstagerfunktionerne.

De respektive skattemyndigheder har ydermere mulighed for ikke, at anerkende en kontrolleret transaktion, hvis transaktionen er økonomisk og/eller forretningsmæssig irrationel. Denne vurdering foretages for hvert enkelt selskab.



4. Transfer Pricing Guidelines 1996 - Immaterielle aktiver

Dette kapitel har til formål at kortlægge de forhenværende retningslinjer efter TPG 1996 kapitel 6 om prisfastsættelsen ved udnyttelse eller overdragelse af immaterielle aktiver mellem koncernselskaber. Hertil vil kapitlet analyseres med henblik på, at fastlægge hvilke problematikker og områder som savner en videre udbygning og præcisering.

4.1 OECD's forhenværende definition på immaterielle aktiver

TPG kapitel 6 fra 1996 omhandler immaterielle aktiver og definitionen i kapitlet lyder;

"... the term "intangible property" includes rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models. It also includes literary and artistic property rights, and intellectual property such as know-how and trade secrets"⁵⁵.

Definitionen angiver ikke en udtømmende opstilling på hvad der skal anses for, at være et immaterielt aktiv, da den indeholder *"such as"* og derved blot nævner nogle af forholdene herunder. Opbygningen af definitionen minder om afskrivningslovens § 40 med udgangspunkt i konkrete eksempler på immaterielle aktiver. Definitionen er en positiv opstilling af betegnelsen "immaterielt aktiv", som ligger op til diskussion af hvad immaterielle aktiver egentlig er. Problematikken bestod derfor primært i, hvorvidt det overdragne eller udnyttede aktiv var indeholdt i denne definition og dermed blev betegnet som immaterielt.

4.2 Kategorier af Immaterielle aktiver

Kapitlet fokuserer især på immaterielle aktiver som bruges til kommercielle og marketings aktiviteter, da risikoen forbundet ved disse ofte er stor og i de fleste tilfælde har en betydelig reel værdi på trods af ingen, eller kun en mindre bogført værdi som følge af, at selskabet løbende har fratrasket omkostningerne til forskning og udvikling.

TPG fra 1996 skelner mellem commercial- og marketing intangibles, hvor marketing intangibles anses som en særlig type af commercial intangibles.⁵⁶

⁵⁵ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 191.

⁵⁶ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 192



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

OECD bruger commercial intangibles som en overordnet betegnelse og opdeler disse i underkategorierne trade intangibles, marketing intangibles og intellectual property. På figur 7 vises en beskrivelse af de forskellige kategorier af immaterielle aktiver.

Figur 7 – Oversigt over de forskellige kategorier af immaterielle aktiver

<i>Commercial intangibles</i>	Inkluderer patenter, know-how, design og visse modeller som bruges i produktionen af et givent produkt eller service. Immaterielle rettigheder, som i sig selv betegnes som et aktiv og som direkte overføres til kunden, anses også som et kommercielt immaterielt aktiv. ⁵⁷
<i>Marketing intangibles</i>	En særlig type af commercial intangibles og inkluderer varemærker og handelsnavne, som hjælper til den kommercielle udnyttelse af et produkt, service, kundelister, distributionskanaler, unikke navne, symboler eller billeder med vigtig promotionel værdi for det pågældende produkt. ⁵⁸
<i>Trade intangibles</i>	Skabes gennem risikabel og dyrebar forskning og udvikling, og hvor omkostningerne hertil forsøges dækket ved et efterfølgende salg af produktet, servicekontrakter eller licensaftaler. ⁵⁹ Alle commercial intangibles, som ikke kan kategoriseres som marketing intangibles, hører til under dette begreb.
<i>Intellectual property</i>	Immaterielle aktiver så som know-how og trade secrets. Disse kan kategoriseres både som trade intangibles eller marketing intangibles. Intellektuelle rettigheder er en form for viden, som forstærker en kommerciel aktivitet, uden at opnå samme beskyttelse som patenter eller varemærker. Know-how og trade secrets har en vigtig betydning for de kommercielle aktiviteter i en multinational koncern og det kan være svært, at fastlægge præcis hvornår der er tale om henholdsvis know-how eller trade secrets og det kan ligeledes være svært, at påregne den økonomiske effekt i et givent indkomstår. ⁶⁰ Denne sondring pålægges stor betydning.

Kilde: Egen tilvirkning

⁵⁷ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 192

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Ibid

⁶⁰ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 193



4.3 Patenter og varemærker

Sondringen mellem trade- og marketing intangibles kan ske gennem en sammenligning mellem patenter og varemærker.⁶¹

Patenter skabes gennem ofte dyr og risikofyldt forskning og udvikling og har potentiale til at indeholde en stærk marketing effekt. Patenter indeholder også en mulighed for, at skabe monopollignende forhold på specifikke produkter eller services og gives i kapitlet følgende definition;

*"A patent gives an exclusive right to its owner to use a given invention for a limited periode of time"*⁶².

Varemærker er derimod et unikt navn, symbol eller billede og er umiddelbart ikke dyrt at skabe, men kan kræve mange ressourcer, at tildele værdi og hertil vedligeholde eller øge denne værdi gennem promovring og omdømme. Varemærker kan hertil sælges, licenseret eller på en helt tredje måde overføres mellem selskaber. Varemærker gives følgende definition;

*"A trademark may continue indefinitely; its protection will disappear only under special circumstances"*⁶³.

4.3.1 Særlige forhold ved patenter

Ved patenter, skal det fastslås hvilken slags patent der er tale om, samt graden af beskyttelse og løbetiden for patentet, dvs. hvor lang tid der er til dets udløb. Derudover er det vigtigt at vurdere hvor lang tid patentet fastholder sin værdi, da nye patenter der netop har slået igennem kan gøre ældre patenter overflødige og dermed forældet, hvilket også medfører, at man kan forlange en højere pris for de nye i forhold til de ældre.⁶⁴

Ved en patenteret opfindelse, hvor opfindelsen kun dækker en del af det komplette produkt, er det ikke altid korrekt at beregne en royalty ud fra salgsprisen i forhold til det komplette produkt. Det vil være mere korrekt at beregne royalty ud fra den del af salgsprisen som opfindelsen svarer til.⁶⁵

⁶¹OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 194

⁶² Ibid

⁶³ Ibid

⁶⁴ OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 198.

⁶⁵ Ibid



4.4 Forhold der påvirker værdien af immaterielle aktiver

TPG 1996 kapitel 6 omtaler kun hvad der klassificeres som immaterielle aktiver, men undlader helt at beskrive andet, som kan have indflydelse på værdien af de immaterielle aktiver. Her kan blandt andet nævnes gruppesynergier og markedskaraktistika. Disse forhold kan have en væsentlig indflydelse på værdien af immaterielle aktiver, hvorfor der mangler en beskrivelse af hvilken betydning dette har og hvordan en koncern skal forholde sig til denne problematik. Dette er beskrevet i afhandlingens kapitel 3.

4.5 Anvendelse af armslængde princippet på immaterielle aktiver

Der gælder de samme retningslinjer for immaterielle aktiver, som retningslinjerne der er givet i kapitel 1, 2 og 3 i TPG fra 1996.⁶⁶ Problematikken ved immaterielle aktiver opstår dog, da det i mange tilfælde kan være svært, at finde sammenlignelige transaktioner, da immaterielle aktiver ofte er unikke og dermed svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet.

En kontrolleret transaktion indeholdende immaterielle aktiver, skal vurderes ud fra både overdragerens samt erhververens synspunkt.⁶⁷ Alle faktorer og omstændigheder som har indflydelse herpå skal tages med i vurderingen når sammenligneligheden fastlægges. Prisen som overdrageren skal anvende, vurderes ud fra hvad et uafhængigt selskab ville være villig til at betale i en sammenlignelig situation. Vurderingen fra erhververen tager udgangspunkt i, hvorvidt det immaterielle aktiv ville være brugbart i erhververens selskab. Hertil skal der ske en vurdering af, hvorvidt et uafhængigt selskab ville være villig til at betale for eksempelvis en licens i den pågældende størrelsesorden, som er betalt i den kontrollerede transaktion. Dette sker ud fra en forventning om det immaterielle aktivs indtjeningssevne i forhold til omkostningerne forbundet herved. Denne analyse har til formål, at imødekomme problematikken omkring kontrollerede transaktioner som udelukkende er til gavn for det ene af selskaberne.

Licensaftaler indeholder ofte betaling i form af royalties og kapitlet pointerer hvordan denne betaling kan fastlægges. Royalty betalingen kan enten betales baseret på baggrund af erhververens udgående salg og betalingsprocenten kan derfor variere, eller i særlige tilfælde profit.⁶⁸

⁶⁶ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 195

⁶⁷ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 196

⁶⁸ Ibid



I nogle tilfælde, kan selskaber købe retten til at udnytte flere forskellige immaterielle aktiver. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt at adskille de enkelte immaterielle aktiver og vurdere dem enkeltvis for derved, at vurdere hvorvidt transaktionen er foregået på armslængde vilkår.⁶⁹

4.6 Vurdering af transaktionens overensstemmelse med armslængde princippet

Ved vurderingen af hvorvidt der er handlet på armslængde vilkår, tages der højde for flere faktorer. Blandt disse faktorer er; forventede fremtidige fordele genereret af det immaterielle aktiv, begrænsninger i forhold til hvor rettighederne geografisk udnyttes, eksportrestriktioner, rettighedernes eksklusivitet, investeringskapitalen, opstartsomkostninger, udviklingsarbejde, muligheden for at viderelicensere, licenstagernes netværk og licenstagernes ret til at deltage i den videre udvikling af den immaterielle rettighed.⁷⁰

Når det vurderes om en transaktion der involverer immaterielle aktiver, lever op til armslængdeprincippet skal beløbet, typen og forekomsten af omkostningerne brugt i udviklingen eller vedligeholdelsen af det immaterielle aktiv, fastslås. Dette gøres for at fastslå den relative værdi for hvert koncernselskab i transaktionen. Markedsværdien af immaterielle aktiver kan derfor ikke opgøres som omkostningerne der er brugt på at udvikle og vedligeholde det.⁷¹

Kapitlet beskriver, at koncernselskaberne skal inddrage overvejelser omkring det immaterielle aktivs forventede fremtidige fordele, hvilket kan fastlægges gennem en NPV udregning. TPG indeholder dog ingen vejledning i forhold til, hvilke faktorer en sådan udregning skal indeholde, hvilket umuliggjorde en egentlig værdiansættelse. Det var derfor op til de enkelte lande, hvordan værdiansættelsen skulle foretages. Dette medførte problematikker da de respektive landes metoder til, at udføre denne beregning var forskellig og der derfor var risiko for en betydelig forskel på resultatet af værdiansættelsen.

Kapitlet omtaler desuden funktioner og deres vigtighed, men undlader at beskrive hvilke funktioner der er vigtige og hvilke som blot vil betegnes som rutinefunktioner. Dette mangler en uddybning, da

⁶⁹ OECD (2010) "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris – side 197

⁷⁰ OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 198.

⁷¹ OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 200



det kan lede til problematikkerne omkring størrelsesordenen på kompensationen for de enkelte bidragende selskaber.

4.7 Immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet

Dette afsnit omfatter immaterielle aktiver som på transaktionstidspunktet er svære at værdiansætte. Værdien skal fastlægges i forhold til hvad et uafhængigt selskab ville have krævet under sammenlignelige omstændigheder.⁷² Immaterielle aktiver i forskellige selskaber kan dog være svære at sammenligne. Afhængig af omstændighederne omkring transaktionen, er der flere måder selskabet kan benytte til fastlæggelse af værdien. Man kan bruge forventede fremtidige fordele som et middel til at fastlægge prisen i en transaktion. Det skal dog vurderes i hvilket omfang dette kan forudses. Disse forudsigelser kan være tilstrækkeligt pålidelige til at fastlægge prisen ud fra, uden at et selskab behøver at angive i kontrakten, at de forbeholder sig retten til at lave prisændringer i fremtiden.⁷³

Metoden er dog ikke altid nok i forhold til at opnå beskyttelse imod den risiko, der er ved usikkerheden i værdiansættelsen af immaterielle aktiver. På baggrund af dette vil uafhængige selskaber formentlig, vedtage kortsigtede aftaler eller inkludere prisjusteringsklausuler i aftalen for at beskytte sig mod en uforudsigelig udvikling. Man kunne eksempelvis fastlægge en royalty som stiger og falder forholdsmæssigt i forhold til licenstagernes salg.⁷⁴

Hvis der sker noget uforudsigeligt, som fører til at antagelserne der blev gjort i forhold til prisfastsættelsen ikke stemmer mere, kan de vurderes på ny ved en fælles aftale mellem parterne.⁷⁵

Der står ikke direkte beskrevet hvilke forhold som for selskaberne er uforudsigelige, men beskrives blot som en efterfølgende begivenhed der påvirker værdien af det immaterielle aktiv og som på transaktionstidspunktet ikke kunne være forudset.

Ydermere mangler kapitlet en beskrivelse af hvordan uforudsete afkast, som følge af uforudsete årsager og dermed en forskel mellem forventet og faktisk afkast, skal allokere selskaberne imellem. Dette kan have betydning da forskellen medfører hhv. en gevinst eller et tab.

Kapitlet omtaler ligeledes immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte, hvilket i sig selv kan være et problem og savner derfor yderligere præcisering af, hvilke immaterielle aktiver der er tale om

⁷² OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 201.

⁷³ Ibid

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Ibid



og hvordan koncernerne skal forholde sig til disse. Hertil mangler der en uddybning af hvilke forhold der skal dokumenteres og sendes til de respektive skattemyndigheder.

4.8 Skattemyndighedernes dispositionsmuligheder

Når skattemyndigheder vurderer prisfastsættelsen af en transaktion mellem koncernforbundne selskaber, som indeholder immaterielle aktiver hvis værdi er usikker, skal de se på hvad uafhængige selskaber havde gjort under sammenlignelige omstændigheder. Herunder undersøge om selskaberne har forudset rigtigt, samt om udviklingen var forudsigelig på tidspunktet for forudsigelsen. Dette kan dog være vanskeligt for skattemyndighederne at vurdere, især hvis selskaberne ikke er samarbejdsvillige. I et sådan tilfælde har skattemyndighederne mulighed for, at anvende en skønsmæssig vurdering til fastlæggelse af prisen.

Det skal vurderes om selskabet gjorde sig forudsigelser som et uafhængigt selskab også ville have gjort på det givne tidspunkt, samt om uafhængige selskaber ville have gjort sig nogle foranstaltninger i forhold til disse risici omkring værdiansættelsen. Hvis uafhængige selskaber ville have indsat en prisjusteringsklausul under sammenlignelige omstændigheder, så skal skattemyndighederne kunne fastlægge prisen ud fra en sådan klausul. Ligeledes hvis udviklingen er så fundamental at uafhængige selskaber ville genforhandle prisen, så skal prisen også justeres i en transaktion mellem koncernforbundne parter.⁷⁶

Skattemyndigheder har ofte ikke mulighed for at revidere en skatteydere afkast før flere år efter at det er realiseret. I en sådan sag, er skattemyndighederne berettiget til at justere forudsætningerne for en given transaktion, i alle åbne år indtil revisionen finder sted på baggrund af information som uafhængige selskaber havde benyttet under sammenlignelige omstændigheder.⁷⁷

4.9 Marketingaktiviteter for selskaber der ikke er juridiske ejere af varemærker eller handelsnavne som indgår i salgsprocessen

Det er ofte vanskeligt, når et selskab der ikke ejer varemærker, udfører marketingfunktioner. I sådanne tilfælde skal det vurderes hvordan marketingselskabet skal kompenseres. Skal det

⁷⁶ Ibid

⁷⁷ OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 203.



komponeres som en service eller skal et muligt afkast, som kan henføres til de givne marketing intangibles deles mellem ejeren af det immaterielle aktiv og marketingselskabet.⁷⁸

Hvis marketing er udført af et selskab, som ikke er den juridiske ejer af de pågældende marketing intangibles, men som gør at det immaterielle aktiv stiger i værdi, så vil retten til kompensation afhænge af rettighederne. Selskabernes adfærd bør have en vis betydning når det vurderes om afkastet kan henføres til marketingaktiviteter.⁷⁹ En deling af afkast bør dog afhænge af hvad uafhængige selskaber ville have krævet under sammenlignelige omstændigheder.

Kapitlet beskriver at selskabernes faktiske adfærd skal tillægges betydelig vægt ved en allokering af profit fra marketingaktiviteter. Der savnes dog en præcisering og uddybning af hvad begrebet faktisk adfærd indeholder samt hvad der skal lægges i betegnelsen "betydelig vægt".

4.10 Delkonklusion

TPG kapitel 6 fra 1996 havde en definition af immaterielle aktiver, som mindede meget om den danske afskrivningslovs § 40 i form af konkrete eksempler. Problematikken hertil opstod dog, på baggrund af diskussionen om hvorvidt et overdraget eller udnyttet aktiv faldt hhv. inden eller uden for definitionen.

OECD anvender hertil en opdeling af immaterielle aktiver i kapitlet, hvor hver kategori indeholder nogle af definitionens oplistede eksempler på immaterielle aktiver. OECD fokuserer især på kommercielle og marketingaktiviteter, da risikoen forbundet herved ofte er stor og en bogført værdi af disse kan være ikke eksisterende som følge af, at selskabet løbende har fratrasket forsknings- og udviklingsomkostninger. Kapitlet undlader dog, at beskrive andre forhold der ikke kan kategoriseres som immaterielle aktiver, men alligevel påvirker værdien af disse. Her kan nævnes gruppesynergier og markedskaraktistika og en uddybning af disse forhold havde været relevant.

En vurdering af hvorvidt transaktionen er på armslængde vilkår sker ud fra flere faktorer, blandt andet forventede fremtidige fordele genereret af det immaterielle aktiv samt eksklusiviteten.

En af de væsentligste problematikker i TPG kapitel 6 fra 1996 er, at selskaberne ud fra retningslinjerne ikke er i stand til, at foretage en egentlig værdiansættelse. Kapitlet beskriver kun hvordan en værdiansættelse kan foretages, men undlader at beskrive de specifikke faktorer som en sådan beregning skal indeholde. Det har derfor været op til de respektive lande at foretage disse værdi-

⁷⁸ Ibid

⁷⁹ OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, Paris. - Side 204.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

ansættelser og forskellene i landenes beregninger kan føre til forskellig værdi af det pågældende immaterielle aktiv. Derudover beskriver kapitlet kun funktioner generelt, men foretager ikke en egentlig sontring omkring funktionernes vigtighed og dermed hvordan disse aflønnes.

Kapitlet omtaler endvidere immaterielle aktiver som på transaktionstidspunktet er svære at værdiansætte og hvordan denne problematik kan håndteres. Kapitlet beskriver dog ikke hvilke immaterielle aktiver som dette vedrører. OECD påpeger flere måder at fastlægge prisen i en transaktion på, men at de koncernforbundne selskaber skal agere ud fra armslængdeprincippet og dermed vedtage beslutninger som kan minimere usikkerheden og risikoen forbundet herved.



5. Transfer Pricing Guidelines 2016 - Immaterielle aktiver

OECD har godkendt, at det nye og opdaterede kapitel 6 er implementeret som en del af OECD's TPG den 23. maj 2016. Det nye kapitel 6 om immaterielle aktiver indeholder en stor udbygning og præcisering af de forhenværende retningslinjer for hvordan koncerner skal forholde sig til interne transaktioner indeholdende immaterielle aktiver.

Dette kapitel vil redegøre og analysere af hvordan identifikationen af immaterielle aktiver fastlægges, hvordan den juridiske ejer over det specifikke immaterielle aktiv vurderes, herunder de kontraktuelle vilkår. Hertil vil kapitlet fastlægge den faktiske adfærd målt på funktioner, aktiver og risici. Ydermere vil kapitlet analysere hvordan armslængde vilkår for "*hard to value intangibles*" opnås.

Undervejs i kapitlet vil der anvendes eksempler for, at understøtte forståelsen af de teoretiske problemstillinger og retningslinjer.

5.1 Identifikation af immaterielle aktiver

Med opdateringen af TPG kapitel 6 følger en ny definition af immaterielle aktiver som gælder både ved overdragelse og udnyttelse. Den lyder således;

"... something which is not a physical or financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances"⁸⁰.

Denne nye definition af immaterielle aktiver fokuserer altså hverken på den regnskabsmæssige, eller juridiske definition, men derimod på de vilkår som en sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter, ville have indeholdt. Definitionen fokuserer på de forhold som ikke kan kategoriseres som værende immaterielle aktiver, hvilket betyder, at alt som falder udenfor oplistningen betegnes som værende et immaterielt aktiv. OECD har forsøgt, at gøre begrebet lettere at forholde sig til og undgå diskussionen omkring hvilke aktiver der falder inden- og udenfor definitionen. Definitionen bringer dog nye problemstillinger med sig. Efter den gamle definition gav OECD kun eksempler på immaterielle aktiver og overlod det dermed til de respektive skattemyndigheder at vurdere, hvorvidt der i et givent tilfælde var tale om et immaterielt aktiv eller ej. Den nye definition medfører, at der kan

⁸⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 67



opstå et "mismatch" mellem kvalifikationen af et immaterielt aktiv i henholdsvis OECD's og det respektive lands forstand. Dette kan lede til dobbeltbeskatning såvel som dobbelt ikke-beskatning.⁸¹ OECD erkender dette problem og arbejder derfor i 2017 videre på, at supplere den nuværende vejledning i TPG. Det er dog op til de enkelte lande, at implementere OECD's definition, så dette mismatch ikke længere opstår.

5.2 Kategorier af immaterielle aktiver

I TPG 2016 kapitel 6 skelnes der stadig mellem trade- og marketing intangibles. Denne sondring skyldes, at disse immaterielle aktiver skaber værdi på forskellige måder.

Såvel som kapitlet indeholder en ny definition af immaterielle aktiver, medfører præciseringen også en ny definition af marketing intangibles, som lyder;

"An intangible (within the meaning of paragraph 6.6) that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service, and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers".⁸²

For at underbygge kapitlets definition af immaterielle aktiver, indeholder kapitel 6 hertil en række eksempler på typiske immaterielle aktiver. OECD fastslår dog, at disse eksempler ikke er udtømmende og der derfor godt kan være tale om et immaterielt aktiv, selvom det ikke specifikt står nævnt her. Eksempler på typiske immaterielle aktiver er beskrevet i figur 8.

⁸¹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 69

⁸² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 69



Figur 8 – Eksempler på typiske immaterielle aktiver

<i>Patenter</i>	Definitionen på et patent har ikke ændret sig mærkbart i det opdaterede TPG kapitel 6. Det er derfor stadig betegnet som noget der giver ejeren en eksklusiv ret til, at bruge den patenterede opfindelse i en given periode. ⁸³ Definitionen er dog præciseret med et geografisk aspekt, hvilket betyder at et patent kan relatere til både et fysisk objekt såvel som en proces.
<i>Know-how og forretnings-hemmeligheder</i>	OECD omtaler know-how og forretningshemmeligheder som beskyttede oplysninger eller viden som kan forbedre en kommerciel aktivitet, der ikke nyder samme juridiske beskyttelse, som patenter og varemærker i form af registrering. ⁸⁴
<i>Varemærker, handelshavne og brands</i>	OECD præciserer i kapitlet hvordan henholdsvis varemærker, handelsnavne og brands skal fortolkes. Definitionen på et varemærke ligner definitionen fra 1996, men er dog præciseret i form af, at definitionen konkretiseres, i stedet for at anvende eksempler. Definitionen på handelsnavne har ikke ændret sig som følge opdateringen. OECD vælger dog, i modsætning til det gamle kapitel, at introducere definitionen på et brand samt hvorfor dette, ikke altid, er det samme som et varemærke og et handelsnavn. Forskellen herpå er, at et brand er noget man kan relatere til og som har en kommerciel betydning for koncernen og kan både være et enkelt immaterielt aktiv, såvel som flere immaterielle aktiver.
<i>Goodwill & ongoing concern value</i>	Vanskeligt at klassificere, da definitionen på disse afhænger af den konkrete kontekst i hvilken de vurderes. Af denne årsag har OECD i kapitlet set bort fra, at konkretisere disse to begreber med en specifik definition og hvorvidt der i disse tilfælde er tale om immaterielle aktiver. Værdien af både goodwill og ongoing concern value skal dog vurderes i en intern transaktion. En manglende entydig og internationalt anerkendt definition kan derfor skabe problematikker, ved grænseoverskridende interne transaktioner. OECD påpeger derfor vigtigheden af, at en armslængdetest indeholder en specifik beskrivelse af de relevante immaterielle aktiver og, at skattemyndighederne vurderer hvorvidt uafhængige parter ville blive kompenseret under sammenlignelige omstændigheder. ⁸⁵

Kilde: Egen tilvirkning

⁸³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 70

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 73



5.2.1 Andre immaterielle aktiver i OECD's forstand

OECD kommer med eksempler på både hvilke statslige licenser og rettigheder under kontrakt, som kan have betydning for et selskab. Statslige licenser som kan have betydning for et selskab kan ifølge OECD blandt andet være rettigheder til, at udnytte bestemte naturressourcer, offentlige goder eller tilladelse til at fortsætte en bestemt erhvervsaktivitet.

Ved rettigheder under kontrakt kan nævnes kontrakter med leverandører og nøglekunder samt aftaler om at stille en eller flere medarbejderes service til rådighed.

OECD beskriver ligeledes licenser og andre begrænsede rettigheder til at udnytte et immaterielt aktiv. Begrænsede rettigheder ved immaterielle aktiver er ofte genstand for overdragelse i kontrollerede transaktioner og kan være begrænset til et bestemt anvendelsesområde, bestemt brug, geografisk eller på andre måder, gennem kontraktmæssige aftaler.

5.2.2 Forhold som falder udenfor definitionen på immaterielle aktiver, men stadig påvirker værdien

OECD har i kapitlet udbygget vigtigheden af faktorer, som uden at være et immaterielt aktiv, indirekte kan have indflydelse på værdien af disse. OECD mener derfor det er vigtigt, at skelne mellem immaterielle aktiver og markedsvilkår, lokale markedsomstændigheder samt gruppesynergier, da disse falder uden for definitionen på immaterielle aktiver, grundet at de ikke kan ejes eller kontrolleres. Disse kan dog alligevel påvirke prisen i en transaktion og skal derfor tages til overvejelse i en sammenlignelighedsanalyse.

5.3 Analyse af transaktioner hvori der indgår immaterielle aktiver

I interne transaktioner indeholdende immaterielle aktiver er det ofte meget svært, at afgøre hvilke koncernselskaber der er berettiget til en del af afkastet, da der oftest ikke findes sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter, grundet immaterielle aktivers ofte meget unikke egenskaber. Allokeringen af profitten fra overdragelse eller brug af det immaterielle aktiv sker ud fra 6 opstillede principper i TPG⁸⁶:

1. Der skal ske en identifikation af de immaterielle aktiver som overdrages, hvorefter risikoen ved udviklingen, forbedringen, vedligeholdelsen, beskyttelsen og udnyttelsen (DEMPE) af det immaterielle aktiv, skal fastlægges.

⁸⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 74-75



2. Der skal ske en fastlæggelse af det kontraktmæssige grundlag for de immaterielle aktiver. Hertil skal der lægges særlig vægt på, hvilket selskab der er juridisk ejer af de immaterielle aktiver og herunder en fordeling af risici mellem de koncernforbundne parter.
3. Der skal ske en identifikation af hvilke selskaber der udfører funktionerne, særligt de vigtige funktioner, hvilke selskaber der har aktiver i brug, samt hvilke selskaber der håndterer de risici som relateres til DEMPE i forhold til de immaterielle aktiver, gennem en funktionsanalyse. Hertil skal det fastlægges hvilke selskaber der kontrollerer outsourcede funktioner og kontrollerer de væsentlige økonomiske risici.
4. Der skal undersøges hvorvidt der er sammenhæng mellem de aftalte kontraktuelle vilkår og parternes faktiske adfærd. Hertil hvorvidt det selskab som påtager sig de relevante risici ved DEMPE i forhold til de immaterielle aktiver også har den fornødne kapacitet til at påtage sig disse.
5. Der skal ske en fastlæggelse af den faktiske kontrollerede transaktion i forhold til DEMPE, herunder i forhold til juridisk ejerskab, andre kontraktmæssige forpligtelser, samt parternes faktiske adfærd i forhold til funktioner, aktiver og risici. Herunder en eventuelt omfordeling af risiko efter vejledning i TPG kapitel 1.
6. Der skal ske en fastlæggelse af armslængde prisen for disse transaktioner, som er i overensstemmelse med parternes bidrag i forhold til de udførte funktioner, anvendte aktiver samt risici påtaget, medmindre transaktionerne, efter TPG kapitel 1, ikke kan anerkendes.

5.3.1 Ejendomsretten til immaterielle aktiver og kontraktuelle vilkår

Ligesom i det forhenværende TPG kapitel 6, er der stadig fokus på de kontraktmæssige vilkår selskaberne imellem, med henblik på fordelingen af et eventuelt afkast. Kontrakterne har til formål at beskrive hvilke roller, ansvar og rettigheder de enkelte selskaber har i forhold til de immaterielle aktiver. I det opdaterede TPG kapitel 6 går OECD dog skridtet længere og uddyber samt præciserer hvordan skattemyndighederne skal forholde sig, hvis parternes faktiske adfærd adskiller sig fra de kontraktuelle vilkår. Af samme årsag understreger OECD hertil, at det derfor er god skik, at selskaberne dokumenterer deres adfærd.⁸⁷

Ejendomsretten til det respektive immaterielle aktiv skal også tillægges betydning i en transfer pricing sammenhæng. Ejendomsretten til de immaterielle aktiver skal fastlægges på baggrund af juridiske kriterier i form af den kontraktmæssige ejer. Hvis dette ikke er muligt skal ejendomsretten fastlægges

⁸⁷ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 75



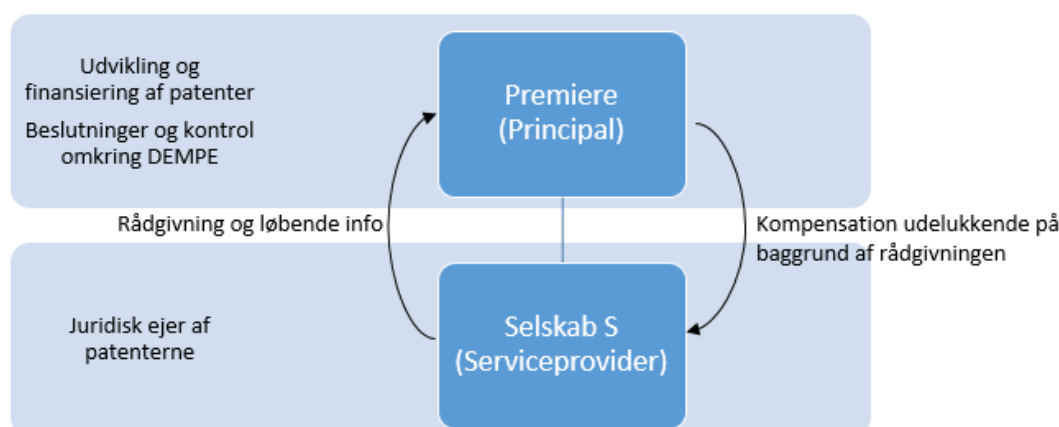
Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

ud fra kriteriet om hvilket selskab der har kontrol over udnyttelsen af det immaterielle aktiv, samt muligheden for at forhindre andre i at udnytte det, altså et kontrolkriterium.

Selvom det er vigtigt, at fastlægge hvilket selskab der reelt set ejer det immaterielle aktiv, betyder et juridisk ejerskab alene, ikke at selskabet har ret til at få del i afkastet som følge af deres rettigheder til at udnytte det immaterielle aktiv. De opdaterede retningslinjer fokuserer derimod på denne juridiske ejers funktioner, aktiver og risici set i forhold til de andre selskabers bidrag, inden for koncernen.⁸⁸

Dette vises i eksempel 1 i annekset til TPG kapitel 6. Der er foretaget egen bearbejdning af dette eksempel som også vises i figur 9. Her er der tale om en principal (Premiere) og en serviceprovider (S), hvor alle patenter registreres hos S, som har tre advokater ansatte med henblik på varetagelsen af koncernens patenter i form af registrering og rådgivning. Premiere varetager ultimativt alt med hensyn til udvikling samt finansieringen af patenter. Ydermere bliver alle beslutninger og kontrol omkring DEMPE i forhold til patenterne varetaget af Premiere. S' eneste opgave i denne sammenhæng er, at yde rådgivning til Premiere. Det betyder altså, at S, udelukkende skal kompenseres på baggrund af denne service og har derfor ikke ret til en større del af afkastet på trods af, at S juridisk set ejer patenterne.⁸⁹

Figur 9 – Illustration af juridisk ejerskab og kompensation



Kilde: Egen tilvirkning

⁸⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 76

⁸⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 117



I det opdaterede kapitel har OECD præciseret forventet (ex ante) og faktisk afkast (ex post), samt hvorfor denne sondring er vigtig. Sondringen er vigtig, da der på beslutningstidspunktet for selskaberne kan være usikkerhed omkring størrelsen af det faktiske afkast, hvorfor OECD understreger, at en kompensation generelt set må foretages på baggrund af det forventede afkast.⁹⁰

Det residualafkast som et immaterielt aktiv giver, skal principielt set allokere til den juridiske ejer, efter de bidragende selskaber er blevet kompenseret ud fra armslængdeprincippet. Det skal dog vurderes hvorvidt den juridiske ejer kun er en serviceprovider som i eksempel 1. Hvis den juridiske ejer udelukkende er serviceprovider, så er der et andet selskab som er økonomisk ejer og dermed vil blive allokeret residualafkastet. Dette gøres på baggrund af en vurdering af de enkelte selskabers udførte funktioner, brugte aktiver og risici påtaget i forhold til DEMPE. Selve strukturen er ikke i fokus, hvorfor en juridisk ejer ikke fysisk behøver, at udføre funktionerne men godt ville kunne outsource visse funktioner og stadig modtage et afkast, så længe de stadig besidder kontrollen og har den finansielle kapacitet til at bære risikoen herved.⁹¹

5.3.3 Udførelse og kontrol af funktioner

OECD opdeler funktioner i både rutine og vigtige funktioner. Her skelnes der mellem selvudviklede immaterielle aktiver og selvudviklede eller tilkøbte immaterielle aktiver der virker som platform for videreudviklingsaktiviteter. Denne sondring skyldes, at OECD, i modsætning til det gamle kapitel, beskriver hvilke funktioner der er vigtige.

De vigtige funktioner hertil inkluderer design og kontrol af forsknings og markedsføringsprogrammer, beslutninger omkring grundforskning, kontrol over strategiske beslutninger omkring immaterielle aktivers udviklingsprogrammer og håndtering af kontrol af budgetter.⁹² OECD beskriver desuden andre vigtige funktioner så som vigtige beslutninger i forhold til beskyttelsen af det immaterielle aktiv, kvalitetskontrol over funktionerne udført af uafhængige selskaber eller kontrollerede selskaber, som kan have indflydelse på værdien af det immaterielle aktiv. En outsourcing af disse vigtige funktioner, skal der derfor kompenseres for, hvorfor det også er nødvendigt med en gennemgribende evaluering af transaktioner mellem selskaberne som udfører disse vigtige funktioner. I en sådan evaluering skal der vurderes hvorvidt kontrollen afgives som følge af en outsourcing. En udførelse af vigtige

⁹⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 77

⁹¹ Ibid

⁹² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 80



funktioner uden kontrol vil nemlig kun berettige til et afkast i samme størrelsesorden som udførelse af rutinefunktioner.

5.3.4 Brugen af aktiver

OECD fokuserer med hensyn til aktiver, i det opdaterede kapitel, især på kapital for at undgå, at koncerner kan omgå retningslinjerne og allokere afkast til funktionssvage selskaber i lavskattelande. Ifølge OECD betyder dette, at et selskab som stiller kapital til rådighed, men ikke kontrollerer risikoen eller udfører funktioner i forlængelse af dette, ikke vil modtage et afkast i samme størrelsesorden, som havde det udført funktioner og kontrolleret risikoen. Her skelnes der mellem finansielle risici og operationelle risici, hvor et selskab vil være berettiget til hele afkastet, hvis både de finansielle og operationelle risici er påtaget, men derimod kun et risikojusteret afkast, hvis kun de finansielle risici påhviler selskabet.⁹³ Har selskabet heller ikke påtaget sig de finansielle risici, vil det i praksis kun være berettiget et afkast svarende til et risikofrit afkast, hvilket imidlertid kan være 0. Endvidere er det vigtigt, at undersøge hvad uafhængige selskaber ville kræve i afkast for en finansiering i samme størrelsesorden.

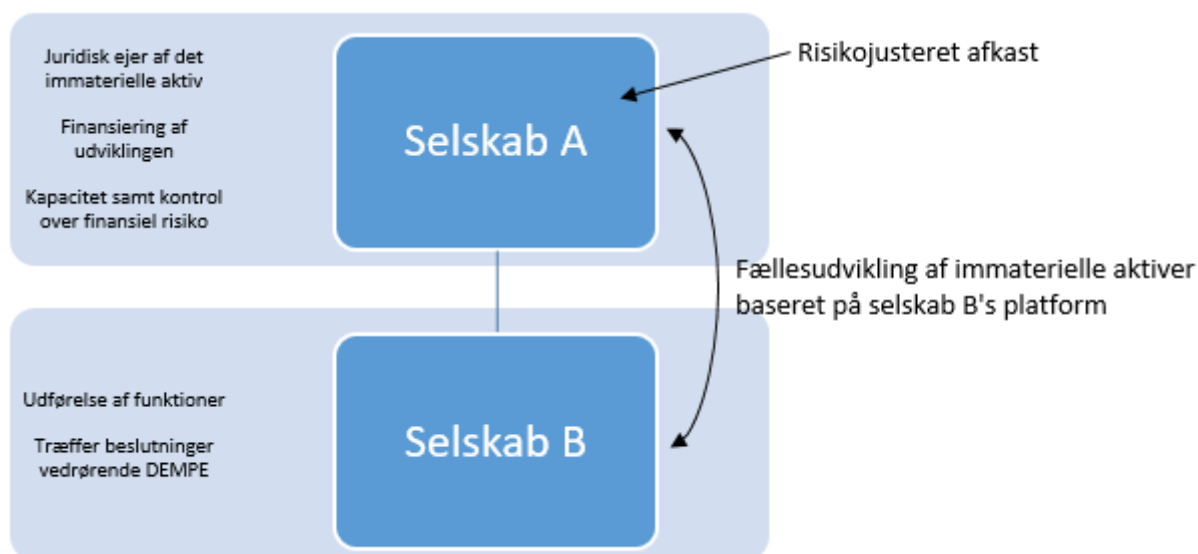
I eksempel 6 bliver denne problemstilling eksemplificeret og uddybet og ligeledes illustreret på figur 10. I dette tilfælde er der tale om to selskaber indenfor samme koncern, A og B, som samarbejder om fællesudvikling af et immaterielt aktiv, baseret på B's allerede udviklede platform. A er juridisk ejer af det immaterielle aktiv og bidrager udelukkende med finansieringen til udviklingen og har den finansielle kapacitet samt kontrol over den finansielle risiko. B udøver alle funktioner og står for alle væsentlige beslutninger med hensyn til DEMPE i forhold til det immaterielle aktiv. I et sådan tilfælde vil A, som følge af et bidrag bestående udelukkende af finansieringen og påtagelse af den finansielle risiko, kun være berettiget til et risikojusteret afkast. B vil derfor være berettiget til residualafkastet.⁹⁴

⁹³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 81

⁹⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 119



Figur 10 – Illustration af fællesudviklingen af immaterielle aktiver, hvor to selskaber har værdiskabende funktioner og risici



Kilde: Egen tilvirkning

Et spørgsmål som er relevant i denne sammenhæng vil være, hvornår et selskab har kontrol over risici forbundet med investeringen. Svaret til dette skal findes i afhandlingens kapitel 3 som beskriver, at udgangspunktet er, at man for at kunne kontrollere en specifik risiko, skal have den fornødne finansielle kapacitet til at træffe relevante beslutninger i relation til denne, sammen med den faktiske udøvelse af disse funktioner.⁹⁵

5.3.5 Påtagelse af risici

En påtagelse af risici har stor betydning for kompensationen af selskaberne involveret og bestemmer, hvilket selskab som kan holdes ansvarlig, hvis risikoen realiseres og dermed også, hvilket selskab som skal kompenseres herfor. OECD fokuserer på dette område igen på den faktiske ansvarlighed. Påtagelsen af risici er ligeledes nærmere beskrevet i afhandlingens kapitel 3.

OECD beskriver hvordan en eventuelt kompensation på baggrund af de enkelte koncernselskabers bidrag skal allokeres i forhold til funktioner, aktiver og risici. Der gives dog ikke yderligere vejledning omkring, hvordan vægtningen af de enkelte elementer skal foretages. Dette kan i praksis kan skabe problematikker, da skatteyder og skattemyndighedernes opfattelse af vægtning kan være forskellig og dermed lede til en efterfølgende regulering.

⁹⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 82



5.4 Uforudsete afkast

OECD omtaler ydermere problematikken omkring uforudsete afkast, som følge af en række uforudsete omstændigheder, så det forventede afkast umiddelbart er for højt eller for lavt og et selskab opnår en yderligere gevinst eller tab. Uforudsete omstændigheder er forhold som på transaktionstidspunktet er ukendt og en risiko som ingen af parterne i en transaktion kan kontrollere, såsom naturkatastrofer, finanskriser og lignende. Det vil altså sige uforudsete forhold af væsentlig økonomisk betydning. Modtageren af differencen mellem det forventede og faktiske afkast afhænger af, hvilket selskab som rent faktisk har påtaget sig de relevante risici i forlængelse heraf. Et selskab som har udført vigtige funktioner eller kontrolleret væsentlige risici, kan ved en resultatafhængig betaling, dog godt modtage en andel af dette afkast.

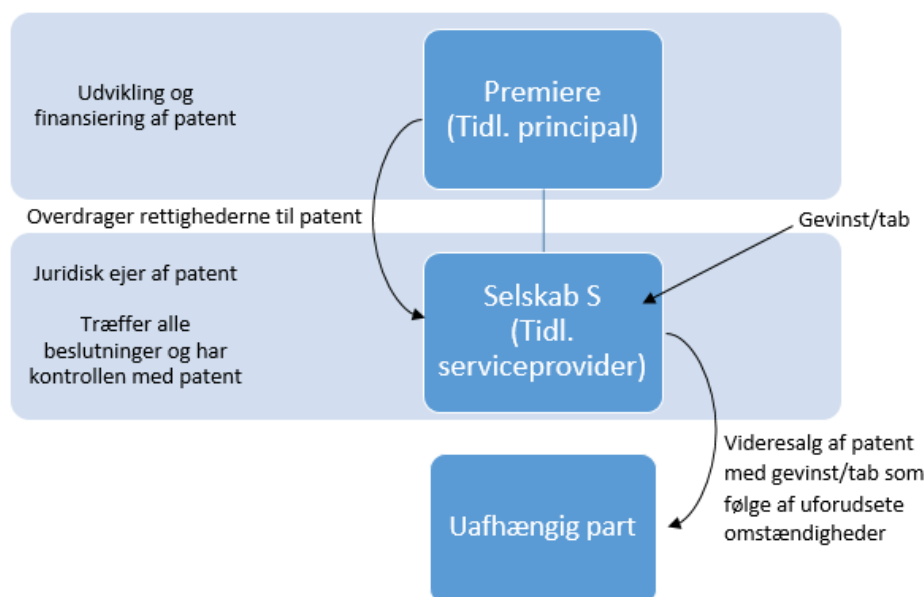
Eksempel 4 håndterer ovenstående problemstilling og er illustreret på figur 11. Dette eksempel omhandler igen Premiere (tidligere principal) og selskab S (tidligere serviceprovider). I modsætning til eksempel 1 varetager Selskab S i dette eksempel ultimativt alle beslutninger, forhandler betingelserne for salget og står for håndteringen og kontrollen med patenterne. Selskab S videresælger patentet til en pris, som overstiger den værdi som de betalte til Premiere, grundet uforudsete omstændigheder. Som følge af kontrol og beslutninger vedrørende salget, vil selskab S være berettiget til det uforudsete afkast. Omvendt vil selskab S også være forpligtet til at tage tabet, hvis situationen havde været omvendt, som det ses i eksempel 5.⁹⁶

Dette kan skattemyndighederne forsøge at regulere ved, at vise at det uforudsete afkast rent faktisk ikke var uforudset og dermed skulle være indregnet i prisen.

⁹⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 118-119



Figur 11 – Illustration af allokeringen af uforudsete afkast



Kilde: Egen tilvirkning

5.5 Udvikling og forbedring af marketing intangibles

Det er vigtigt at vurdere hvorvidt den kompensation, som et selskab har modtaget, også er korrekt ud fra et armslængdeprincip. I sådanne situationer tager man udgangspunkt i hvordan uafhængige selskaber ved samme omstændigheder, ville have været kompenseret.

Dette er yderst relevant i situationer hvor en kontrolleret part udfører marketingaktiviteter, som medfører fordele for den juridiske ejer af et varemærke og hvordan denne problemstilling skal håndteres. Problemet opstår i dette tilfælde, da en kompensation i princippet kan opstå på baggrund af, både selskabets promovering af varemærket samt distribution af services, men også på baggrund af en værdiforøgelse af selve varemærket.

OECD mener i dette tilfælde, at en kompensation skal foretages på baggrund af en analyse af de forpligtelser og rettigheder som er aftalt mellem parterne, funktioner, aktiver og risici, værdien som forventes skabt gennem aktiviteten og kompensationen som er modtaget for de udførte funktioner.⁹⁷

Generelt set vil marketing aktiviteter udført af et selskab, som ikke er juridisk ejer af det immaterielle aktiv (eksempelvis varemærket), principielt set skulle kompenseres på baggrund af substansen i forhold til de vilkår og rettigheder som er aftalt.

⁹⁷ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 86



5.6 Kompensation for brugen af et varemærke, brand og firmanavn

Som udgangspunkt er hovedprincippet at der ikke skal betales kompensation alene på baggrund af, at selskabet er en del af den overordnede koncern og dermed anvender navnet. Ifølge OECD kan dette generelle princip dog godt fraviges, hvis anvendelsen af navnet skaber værdi for andre af koncernselskaberne, udover den juridiske ejer, da uafhængige parter i sådanne tilfælde ville kompenseres for dette.

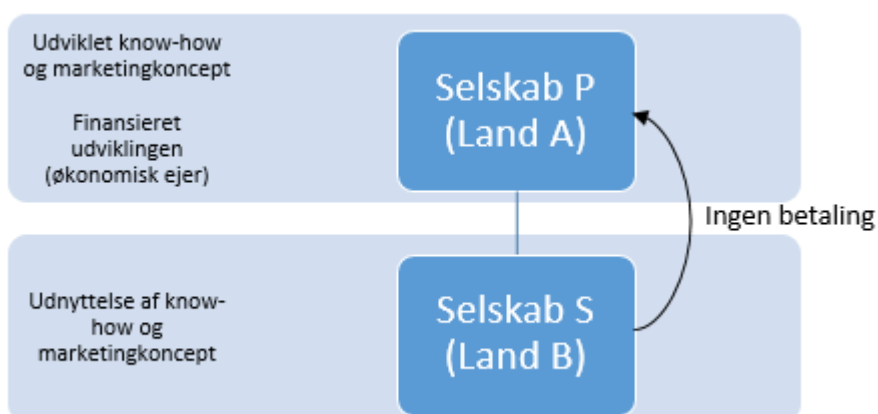
En overtagelse af et selskab kan i tilfælde, hvor der forventes en vis finansiell fordel, også medføre, at der skal ske en kompensation for brugen af det overtagende selskabs varemærke eller brand. Hvis overtagelsen af selskabet sker med henblik på en udnyttelse af dennes position på markedet og derved udvide forretningen i et givent område, kan der også ske en kompensation på baggrund af det overtagne selskabs funktioner, aktiver og risici.⁹⁸

5.7 Overdragelse eller udnyttelse af immaterielle aktiver

I kontrollerede transaktioner vedrørende immaterielle aktiver kan der være tale om en overdragelse af et immaterielt aktiv, retten til det immaterielle aktiv eller en udnyttelse af det immaterielle aktiv i forbindelse med salg af varer eller tjenesteydelser. Det kan dog ofte være svært at konstatere om en overdragelse eller en udnyttelse har fundet sted. I et sådan tilfælde vil det være nødvendigt at foretage en detaljeret funktionsanalyse som man ser det i eksempel 19 og illustreret på figur 12.⁹⁹ Dette eksempel vedrører en koncern hvor den økonomiske ejer (Selskab P) har udviklet speciel know-how samt et unikt marketingkoncept.

Figur 12 – Illustration af udnyttelse

En funktionsanalyse viser at Selskab S beliggende i et andet land, bruger den samme know-how og marketingkoncept uden at Selskab P modtager betaling for dette. Der er dermed sket en udnyttelse af et immaterielt aktiv, som ikke er blevet



Kilde: Egen tilvirkning

⁹⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 87

⁹⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - Side 131



identificeret af selskabet og der er dermed ikke blevet betalt for denne udnyttelse.

I forhold til overdragelser kan der opstå konflikter såfremt de forskellige lande involveret i en transaktion har forskellig lovgivning på området, dvs. at der kun er tale om en overdragelse i det ene land. En sådan konflikt kan ikke løses ved hjælp af armslængdeprincippet.¹⁰⁰

5.7.1 Overdragelse

Immaterielle aktiver kan over-drages på flere forskellige måder, herunder gennem en overdragelse af selve det immaterielle aktiv eller en overdragelse af retten til at bruge det. Der kan enten være tale om alle rettigheder eller kun begrænsede rettigheder som eksempelvis geografiske begrænsninger, begrænset varighed eller der kan være indsat restriktioner i forhold til at udnytte eller videreudvikle aktivet.

Det har stor betydning for armslængdetesten hvis der er indsat begrænsninger i en aftale om retten til at bruge et immaterielt aktiv, da det har betydning for værdien af aftalen og dermed også prisfastsættelsen af transaktionen. Det er vigtigt at se både på de kontraktmæssigt aftalte vilkår samt parternes faktiske adfærd, da det er den faktiske adfærd der pålægges størst betydning.¹⁰¹

Dette er også vist i eksempel 18 og illustreret på figur 13¹⁰². Eksemplet viser en koncern bestående af Primarni, Selskab S og en distributør. Primarni overdrager retten til at bruge et patent og know-how knyttet til produkt X til Selskab S i Land B. I aftalen indføres det, at Selskab S kun må bruge patentet og know-how i forbindelse med salg af produkt X i land B. Produktet bliver imidlertid solgt til en koncernintern distributør, som videresælger produktet i Asien og Afrika uden, at Primarni gør noget for at stoppe salget i disse lande. I dette tilfælde er det den faktiske adfærd der skal lægges vægt på, således at licensaftalen reguleres så den også inkluderer Asien og Afrika, hvilket medfører at selskab S skal betale en større royalty rate til Primarni.

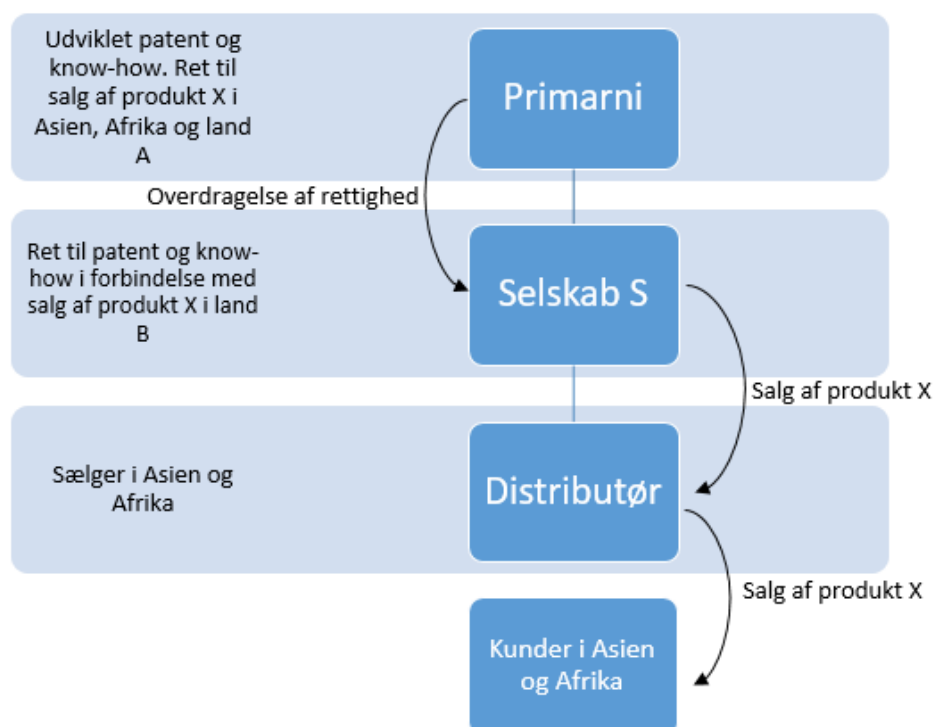
¹⁰⁰ Wittendorff, Jens: Transfer Pricing. 1. udg. Karnov Group Danmark A/S, 2016 - side 373-374

¹⁰¹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - Side 89

¹⁰² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 131



Figur 13 – Illustration af den faktiske adfærds betydning ved udnyttelse



Kilde: Egen tilvirkning

5.7.2 Kombination af immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver kan overdrages selvstændigt eller sammen med andre immaterielle aktiver. Ved overdragelse af flere immaterielle aktiver på én gang, skal det vurderes hvorvidt der består en synergieffekt således, at den samlede værdi af de immaterielle aktiver er større end summen af værdien på de enkelte immaterielle aktiver isoleret set.¹⁰³ De immaterielle aktiver kan være uadskillelige, så det i praksis ikke er muligt at overdrage det ene uden også, at overdrage det andet. I et sådan tilfælde vil det derfor være nødvendigt, at vurdere dem samlet og foretage en samlet armslængdetest af de immaterielle aktiver.

Immaterielle aktiver eller retten til at udnytte disse kan også overdrages sammen med materielle aktiver eller tjenesteydelser. Det er i sådan en situation vigtigt at alle immaterielle og materielle aktiver, der overføres i en transaktion identificeres med henblik på en transfer pricing analyse. OECD erkender dog, at dette ikke altid er muligt, da elementerne i en transaktion kan være meget tætte og

¹⁰³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 89



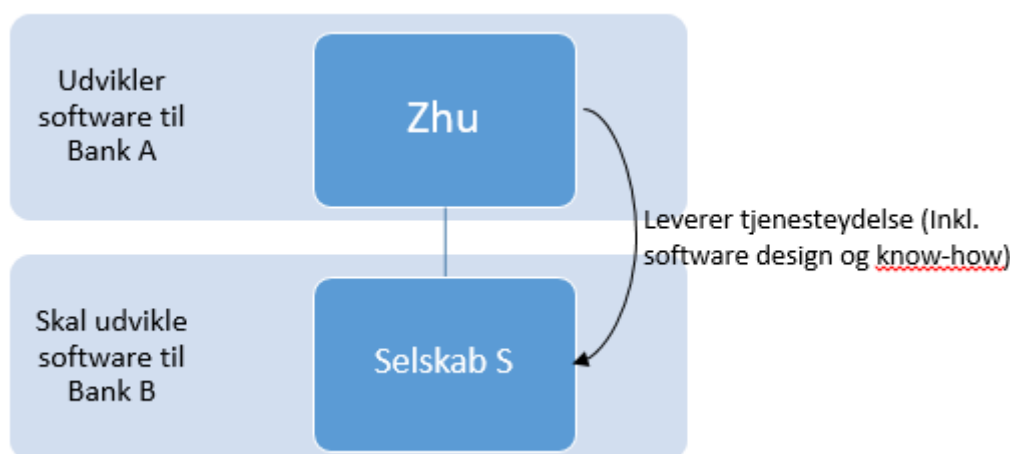
Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

dermed svære at adskille.¹⁰⁴ Hvis det i praksis er meget svært at adskille de enkelte immaterielle aktiver, ville uafhængige parter formentlig sælge dem som en samlet enhed eller alternativt vælge at beholde dem.

I eksempel 24¹⁰⁵ ses en situation hvor selskabet Zhu leverer en tjenesteydelse i form af medarbejdere, som skal arbejde på udvikling af software for en af Selskab S' kunder. Medarbejderne har adgang til at benytte Zhu's know-how og software designs i deres arbejde med udformning af software.

I dette eksempel leveres der en tjenesteydelse samt immaterielle aktiver i form af rettigheder til Zhu's software, som blev brugt til at udvikle software til Selskab S' kunde. Der skal derfor tages højde for både tjenesteydelsen og rettighederne, når en armslængdepris udregnes.

Figur 14 – Illustration af udnyttelse af kow-how og andre immaterielle rettigheder



Kilde: Egen tilvirkning

Hvis de immaterielle aktiver er så unikke, at det ikke er muligt at finde sammenlignelige transaktioner, kan det være nødvendigt at vurdere dem hver for sig, hvor dette giver mening, selvom dette kan være svært. Det er dog vigtigt at huske på, at den samlede værdi af de immaterielle aktiver i nogle tilfælde øger værdien af de enkelte immaterielle aktiver.¹⁰⁶

¹⁰⁴ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 90

¹⁰⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 135

¹⁰⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 91



Hvornår det giver mening hhv. at foretage en samlet eller separat vurdering er ikke direkte beskrevet, men skal vurderes ud fra hvad uafhængige parter ville have gjort.

5.7.3 Udnyttelse

Et selskab kan udnytte immaterielle aktiver til produktion af varer som sælges til et kontrolleret selskab, markedsføring af varer som købes af et kontrolleret selskab eller i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelser på vegne af et kontrolleret selskab.¹⁰⁷ De immaterielle aktiver brugt i sådan en transaktion skal identificeres med henblik på, at foretage en sammenlignelighedsanalyse, valg af metode samt udvælgelse af den testede part. Identifikation af de immaterielle aktiver er specielt vigtigt da de immaterielle aktiver i denne situation ikke bliver overdraget, men blot udnyttet af den ene af parterne og valget af den testede part er derfor fundamental for, at analysen kan udføres korrekt.

5.8 Sammenlignelighedsanalyse

Immaterielle aktiver har ofte unikke egenskaber og kan derfor potentielt generere store afkast og fremtidige fordele.¹⁰⁸ Det er derfor vigtigt at undersøge egenskaberne, hvilket gøres i en sammenlignelighedsanalyse. Nogle af de vigtige egenskaber som påvirker afkastpotentialet for immaterielle aktiver er forhold som eksklusiviteten af aktivet, omfanget og løbetiden af retsbeskyttelse, geografisk rækkevidde, den økonomiske levetid, graden af udvikling, rettigheder til forbedringer, ajourføringer og opdateringer samt forventede fremtidige fordele.¹⁰⁹ Disse forhold er beskrevet i figur 15.

Figur 15 – Beskrivelse af egenskaber som påvirker afkastpotentialet for immaterielle aktiver

<i>Eksklusivitet</i>	Rettighed som afholder andre fra at bruge et givent immaterielt aktiv eller afholder konkurrenter fra et marked. Fx et patent.
<i>Omfang og løbetid af retsbeskyttelse</i>	Løbetiden er relevant da værdien af det immaterielle aktiv alt andet lige er større jo længere løbetiden er, da man kan opnå retsbeskyttelse i længere tid.

¹⁰⁷ Ibid

¹⁰⁸ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 94

¹⁰⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 94-96



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

<i>Geografisk rækkevidde</i>	Påvirker værdien af det immaterielle aktiv, da en større geografisk rækkevidde giver større værdi, og dermed afholder andre fra et større geografisk område.
<i>Økonomisk levetid</i>	Levetiden har betydning for, hvor lang tid man kan være alene på markedet og dermed afkastpotentialet. Udefrakommende begivenheder kan dog forårsage en kortere økonomisk levetid, eksempelvis teknologisk udvikling samt udviklingen af nye og bedre produkter. ¹¹⁰
<i>Graden af udvikling</i>	Hvis et immaterielt aktiv overdrages inden det er færdiggjort, er der en større risiko forbundet hermed da man ikke har set dets fulde funktion endnu. Denne risiko har betydning for værdiansættelsen samt afkastpotentialet, da der er en risiko for at det ikke kan bruges. Dette ses eksempelvis i medicinalbranchen hvor kemiske forbindelser patenteres inden de har været igennem alle testfaserne og der er dermed en risiko for, at de dumper fremtidige test og ikke kan lanceres på markedet.
<i>Rettigheder til forbedringer, ajourføringer og opdateringer</i>	Et immaterielt aktiv har ofte brug for dette, for at kunne følge med markedet. Et selskab kan dermed skabe længerevarende fremtidige fordele end hvis de ikke har retten til dette.
<i>Forventede fremtidige fordele</i>	Skal analyseres både med henblik på eksisterende produkter og potentielle fremtidige produkter baseret på det immaterielle aktiv. Det har betydning for sammenlignelighedsanalysen om de immaterielle aktiver der sammenlignes, understøtter produkter eller tjenesteydelser med hhv. høj eller lav profit, da et immaterielt aktiv der generer høj profit ikke kan sammenlignes med et der genererer lav eller gennemsnitlig profit. ¹¹¹

Kilde: Egen tilvirkning

I sammenlignelighedsanalysen skal der ligeledes tages højde for en række risici i forhold til opnåelse af fremtidige økonomiske fordele. Disse risici skal allokeres mellem parterne i forhold til hvem der bærer den pågældende risiko. Det er bl.a. risici som udviklingsrisici, produktforældelse som følge af nye og forbedrede produkter, rettighedskrænkelser, produktansvar og realisering af det forventede afkastpotentiale.

¹¹⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 95

¹¹¹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 96



Der skal justeres for forskelle mellem immaterielle aktiver, hvis det kan gøre dem sammenlignelige. Dette kan dog være svært i nogle tilfælde og det kan i sådanne situationer være nødvendigt at vælge en transfer pricing metode, som er mindre afhængig af sammenlignelige immaterielle aktiver eller transaktioner.

5.9 Metodevalg

Valg af metode skal foretages efter de generelle regler om valg af bedste metode efter omstændighederne. Ved valg af bedste metode, er det vigtigt at være opmærksom på karakteren af det immaterielle aktiv, vanskelighederne ved at finde sammenlignelige transaktioner samt vanskelighederne ved at anvende bestemte metoder.¹¹² Det kan være vanskeligt at finde sammenlignelige transaktioner, hvis det immaterielle aktiv har så unikke egenskaber som gør, at der ikke findes noget sammenligneligt eller hvis det er så vigtigt for koncernen, at denne form for immaterielle aktiver kun overdrages mellem koncernforbundne selskaber. I sådanne situationer er det nødvendigt at anvende en alternativ tilgang. En sådan anden tilgang går ud på at man analyserer funktioner, aktiver og risici for hver af parterne i en given transaktion, forretningsmæssige grundlag for at indgå en sådan transaktion, hvilke muligheder der er tilgængelige for parterne, den konkurrencemæssige fordel det immaterielle aktiv giver samt de forventede fremtidige fordele der forventes at tilgå på baggrund af transaktionen.¹¹³

Ensidet metoder som TNMM og resale price er ifølge OECD ikke pålidelige metoder i en værdiansættelse af immaterielle aktiver.¹¹⁴ De kan dog godt bruges, når det sker på baggrund af en grundig funktionsanalyse. Der er ofte ingen relation mellem omkostningerne brugt på at udvikle et immaterielt aktiv og værdien af det immaterielle aktiv og kostbaserede metoder bør derfor undgås, særligt ved delvist udviklede immaterielle aktiver. Cost plus metoden kan dog benyttes på mindre værdifulde immaterielle aktiver som ikke er unikke og som anvendes internt i koncernen, som eksempelvis software. OECD nævner at de mest nyttige transfer pricing metoder i forbindelse med immaterielle aktiver er CUP og profit split metoden.¹¹⁵ Ved brug af CUP metoden skal der dog tages forbehold for kommercielle databaser, da data fra disse ikke altid er detaljerede nok og dermed ikke kan indgå som grundlag for en sammenlignelighedstest. OECD nævner ligeledes at det ikke er

¹¹² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 97-98

¹¹³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 99

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 100



intentionen med TPG at tilvælge bestemte metoder frem for andre og at alle metoder kan anvendes til at frembringe armslængderesultater.¹¹⁶

5.9.1 Indkomstmetoden

I situationer hvor der ikke findes uafhængige sammenlignelige transaktioner, kan man bruge indkomstmetoden. Denne metode er baseret på forventede fremtidige afkast af et immaterielt aktiv og kan benyttes til at værdiansætte ejendomsretten til et immaterielt aktiv. Der findes flere forskellige arter af indkomstmetoden og OECD udtrykker ingen præferencer for den ene frem for den anden.¹¹⁷

Værdien ved en overdragelse af et immaterielt aktiv, måles i forhold til værdien ved at beholde det. Dette skal forstås således at en virksomhed vil sælge det immaterielle aktiv, hvis prisen mindst svarer til nutidsværdien af det forventede fremtidige afkast, hvis man beholdte det. Ligeledes vil et selskab købe det immaterielle aktiv hvis de forventer, at nutidsværdien af det fremtidige afkast overstiger prisen de skal betale herfor. Armslængdeprisen skal derfor findes et sted i dette interval, i forhold til den pris køber og sælger er villig til at betale.¹¹⁸ Dette betegnes som det realistiske alternativ, hvilket betyder at hvis et selskab får mere ud af selv at beholde aktivet i forhold til at sælge det, ville en uafhængig part vælge ikke at sælge, men beholde det.

5.10 Immaterielle aktiver som er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet

Uafhængige selskaber vil i en transaktion hvor værdien af det immaterielle aktiv er svært at værdiansætte, formentlig anvende kortsigtede aftaler eller inkludere prisjusteringsklausuler i aftalen for at beskytte sig mod en uforudsigelig udvikling. Sådanne prisjusteringer skal gå begge veje således at begge selskaber i transaktionen minimerer deres risiko.

Dette kan medføre problematikker, da kontrollerede selskaber kan komme i en situation hvor de oplistede muligheder i TPG, ikke ville være blevet anvendt af uafhængige selskaber i en sammenlignelig situation. I et sådan tilfælde vil de kontrollerede selskaber stå i en situation hvor de i praksis kan blive reguleret uanset hvad de gør for at minimere risikoen.

¹¹⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 103

¹¹⁷ Ibid

¹¹⁸ Ibid



5.11 Hard-to-value intangibles

Hard-to-value intangibles er en væsentlig udbygning og præcisering i det opdaterede kapitel og omfatter en gruppe af immaterielle aktiver som på transaktionstidspunktet er svære at værdiansætte. Der kan være flere grunde til dette, hvilket vil blive beskrevet senere i kapitlet.

Et af formålene med dette afsnit er, at beskytte skattemyndighederne for den informationsasymmetri der foreligger og dermed lægge bevisbyrden over på skatteyderen. Det er dermed skatteyderen der skal bevise, at de ikke kunne have forudset en given udvikling. Hard-to-value intangibles gives følgende definition:

“Intangibles or rights in intangibles for which, at the time of their transfer between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist; and (ii) at the time the transaction[s] was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer”¹¹⁹

Der er dermed tale om immaterielle aktiver eller retten til at udnytte disse, hvor der ikke findes sammenlignelige uafhængige transaktioner på tidspunktet for transaktionen, samt hvor der er stor usikkerhed i forbindelse med at forudse det forventede afkast. Ved denne type af immaterielle aktiver er det ikke muligt at foretage en almindelig sammenlignelighedsanalyse, da værdiansættelsen baseres på forventede fremtidige fordele, som endnu ikke er realiseret og der er derfor stor usikkerhed forbundet herved. De immaterielle aktiver der er omfattet af denne betegnelse kan eksempelvis være¹²⁰:

- Immaterielle aktiver der kun er delvist udviklet på transaktionstidspunktet
- Immaterielle aktiver der ikke forventes udnyttet før flere år efter transaktionstidspunktet
- Immaterielle aktiver der hænger sammen med andre unikke immaterielle aktiver og som går ind under ovenstående definition
- Immaterielle aktiver der overdrages med henblik på at blive udnyttet på en ny måde
- Immaterielle aktiver der vederlægges med en engangsbetaling

¹¹⁹ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 110

¹²⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 110



- Immaterielle aktiver der er udviklet eller anvendes som led i et CCA-samarbejde¹²¹ eller lignende

Denne regel kan derfor tolkes meget bredt og bruges i mange forskellige situationer. Skattemyndighederne kan som følge af asymmetrisk information, anvende det faktiske afkast som vurdering for, at prisen er på armslængde vilkår og dermed korrekt.¹²² OECD beskriver fire undtagelser som bevirker, at de særlige regler for HTVI alligevel ikke finder anvendelse:

- A. Det er muligt for skatteyderne at afkræfte denne formodning ved, at levere detaljerede oplysninger om grundlaget for de forudsigelser, som har påvirket prisfastsættelsen i en given transaktion. Herunder hvordan der er taget højde for risiko, at forskellen mellem det faktiske og det forventede afkast skyldes uforudsete begivenheder opstået efter transaktionstidspunktet, at disse faldt ud anderledes end forventet og at sandsynligheden for dette var enten over- eller underestimeret.¹²³
- B. Derudover kan skatteyderne afkræfte formodningen, hvis transaktionen er omfattet af en bi- eller multilateral forhåndsaftale (APA).
- C. Hvis forskellen mellem det forventede og det faktiske afkast ikke påvirker prisen med mere end 20%, kan formodningen også afkræftes.
- D. Ligeledes kan formodningen afkræftes hvis det immaterielle aktiv i en periode på fem år, har været anvendt til at generere indtægter fra uafhængige parter og forskellen mellem forventet og faktisk afkast i denne periode højst har udgjort 20%.

Retningslinjerne omkring HTVI er særregler for en række specifikke forhold. Det betyder, at selvom det ikke er muligt at regulere et givent forhold ud fra HTVI retningslinjerne, vil skattemyndighederne stadig være i stand til, at regulere et forhold ud fra de øvrige retningslinjer.

Et eksempel på dette kunne være et immaterielt aktiv, hvor det forventede afkast med vilje eller som følge af forhold der burde være forudset på transaktionstidspunktet, er fastsat 19 % under det faktiske afkast. I dette tilfælde vil de respektive skattemyndigheder kunne regulere prisen efter de øvrige retningslinjer i TPG kapitel 6.

OECD opfordrer i dette kapitel skattemyndighederne til, at tillade en MAP-forhandling for at løse eventuelle konflikter opstået på baggrund af anvendelsen af dette afsnit om hard-to-value intangibles.

¹²¹ Et CCA-samarbejde betegnes som en kontraktlig aftale mellem selskaber om at dele risiko og bidrag i forhold til en fælles udvikling, produktion og anskaffelse af immaterielle aktiver.

¹²² Ibid

¹²³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. - side 111



Der er dog andre problematikker som stadig er uafklaret fra OECD's side af. Der er i TPG ikke angivet vejledning omkring hvilket indkomstår der skal reguleres, hvis prisfastsættelsen senere hen vurderes at være forkert. Der kan i sådanne tilfælde opstå problematikker omkring hvorvidt det er indkomståret hvori transaktionen finder sted, eller indkomståret hvori prisen vurderes at være fastsat forkert, der skal reguleres. Dette kan have stor betydning som følge af påløbende renter og eventuelle forskelle i selskabsskatteprocenten i de pågældende år. Hertil kan der også opstå problematikker omkring hvorvidt indkomståret kan anses som værende åbent, som følge af den begrænsede reguleringsperiode. I Danmark er denne reguleringsperiode fastlagt til at være 6 år.

5.12 Sammenligning af TPG 1996 og TPG 2016

En sammenligning af de to kapitler er meget relevant. Dette skyldes, at tidligere TP dokumentation, interne aftaler, resultatfordeling og salg af immaterielle aktiver for koncernselskabernes side vil være baseret på retningslinjerne fra 1996. Skattemyndighedernes reguleringsbeføjelser tilbage i tid bevirker derfor, at de enkelte koncernselskaber skal vurdere behovet for justeringer af aftaler hvis prisen har været fastfast forkert, så de fremadrettet overholder de opdaterede retningslinjer fra 2016. TPG er fra 1996 til 2016 blevet udbygget markant idet antallet af sider er steget fra 14 til 78. Udover en stor udbygning og præcisering af den teoretiske del indeholder det opdaterede kapitel også en række eksempler for, at underbygge problematikkerne. Behovet for denne udbygning skyldes blandt andet, at en stor del af landende i 1996 ingen transfer pricing regler havde og der var derfor kun brug for overordnede principper, som landende kunne forholde sig til. Hertil var problematikken omkring kontrollerede transaktioner ikke aktuel på samme måde som i dag, grundet en langt lavere grad af globalisering. Det øgede fokus på BEPS medvirkede endvidere til, at behovet for en opdatering af retningslinjerne for immaterielle aktiver var tiltrængt.

OECD har i TPG fra 2016 implementeret en ny definition af immaterielle aktiver. Denne præcisering har været nødvendig, da en for smal definition giver anledning til diskussion om hvorvidt et aktiv falder hhv. inden eller uden for betegnelsen. Det betyder, at det ene selskab i en kontrolleret transaktion risikerer ikke, at blive kompenseret på trods af, at en uafhængig part i en lignende transaktion under sammenlignelige omstændigheder ville have modtaget compensation herfor. Ligeledes kan en for bred definition lede til en kompensation i transaktioner, som mellem uafhængige selskaber ikke ville have fundet sted.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

TPG fra 1996 indeholdt en opdeling af visse immaterielle aktiver. Denne opdeling er fastholdt i TPG fra 2016 og præciseret samt udbygget med forhold, som i sig selv falder uden for definitionen på immaterielle aktiver, men har en indflydelse på værdien af disse.

TPG fra 1996 indeholdt kun en enkelt linje omkring selskabernes faktiske adfærd, som var angivet at skulle tillægges "signifikant betydning". Dette begreb blev dog ikke beskrevet nærmere, hvorfor en uddybning i det opdaterede kapitel har været nødvendig. OECD tillægger den faktiske adfærd størst betydning, i forhold til de kontraktmæssige aftalte vilkår og måles på udførte funktioner, aktiver i brug og risici påtaget i forhold til DEMPE.

DEMPE danner baggrund for en vurdering af parternes faktiske adfærd og dermed compensationen som alle bidragende selskaber er berettiget til.

OECD har i TPG fra 2016 ydermere præciseret betydningen af et juridisk ejerskab af det immaterielle aktiv. Præciseringen består i, at et juridisk ejerskab alene ikke giver ret til afkastet, men vurderingen foretages på baggrund af en udførelse af funktioner, ibrugtagne aktiver og risici påtaget. Hertil skelner TPG 2016 mellem rutine og vigtige funktioner, hvilket var en mangel i det forhenværende kapitel, da det er konkretiseret hvilke funktioner som er vigtige samt at disse primært er værdiskabende og derfor påvirker compensationens størrelse.

OECD benytter endvidere opdateringen af kapitel 6 til, at lave en opdeling og uddybelse af hhv. overdragelse og udnyttelse af immaterielle aktiver, hvilket gøres da aflønningen på baggrund heraf er forskellig og det kan være svært at fastlægge hvornår der er tale om hhv. en overdragelse eller udnyttelse, hvilket også spiller en rolle i forhold til metodevalg og den testede part.

OECD uddyber sammenlignelighedsanalysen, som er omtalt både i det forhenværende og nuværende kapitel. Sammenlignelighedsanalysen er dog, i TPG fra 2016, tilføjet en række væsentlige faktorer med særlige egenskaber, som påvirker afkastpotentialet for de immaterielle aktiver.

Både TPG fra 1996 og 2016 har fokus på kontrollerede transaktioner som kun gavner det ene selskab. Det betyder, at hvert kontrolleret selskab skal vurdere fordelene og ulemperne ved at sælge, købe eller udnytte det immaterielle aktiv. Overstiger ulemperne disse fordele, ville et uafhængigt selskab ikke indgå i transaktionen, hvorfor kontrollerede selskaber, efter armslængdeprincippet, heller ikke kan dette.

I TPG 2016 introducerer OECD et nyt begreb i form af Hard-to-value intangibles, som er immaterielle aktiver der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet. Formålet med dette er, at pålægge



selskaberne bevisbyrden og dermed beskytte skattemyndighederne for den informationsasymmetri der kan foreligge.

OECD præciserer endvidere forventet og faktisk afkast, hvor de påpeger, at det er det forventede afkast som danner baggrund for kompensationen. Problematikken herved opstår, da der kan være forskel på det forventede og faktiske afkast. En gevinst eller tab herved skal bæres af det selskab som faktisk har påtaget sig de relevante risici i forlængelse heraf.

5.13 Delkonklusion

TPG er med opdateringen blevet udbygget med 64 sider. Baggrunden for denne udbygning skyldes blandt andet retningslinjernes manglende præcisering som følge af et, på daværende tidspunkt, kun lille behov for gennemgribende regler samt et øget fokus på BEPS som følge af kontrollerede transaktioner med immaterielle aktiver.

OECD's definition af immaterielle aktiver fra 1996 var en positiv opstilling af eksempler på immaterielle aktiver, som medførte diskussioner mellem selskaberne og skattemyndighederne omkring hvad dette begreb egentlig indeholdt.

Denne definition er med opdateringen af kapitlet i 2016 blevet ændret, således at betegnelsen er negativt afgrænset hvilket gør det lettere, at forholde sig til om det pågældende aktiv skal kategoriseres som immaterielt i OECD's forstand eller ej.

TPG fra 1996 indeholdt en del mangler som følge af det forholdsvis snævre behov hos landene. Immaterielle aktiver blev opdelt i forskellige kategorier, da de kunne skabe værdi på forskellige måder. OECD beskrev dog ikke andre forhold som pr. definition ikke var et immaterielt aktiv, men stadig havde indflydelse på værdien af disse.

Funktioner blev i det daværende kapitel tillagt en vis vægt, men det blev ikke nærmere beskrevet hvilke funktioner som var værdiskabende og dermed heller ikke hvilke funktioner, som kunne danne grundlag for en større del af afkastet.

Disse mangler er blevet tillagt betydning i det opdaterede kapitel, idet der er kommet et afsnit om hvilke forhold der ellers kan have betydning for immaterielle aktiver, i form af markedskaraktistika og gruppesynergier, samt hvilke funktioner der er vigtige og hvordan disse behandles.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Ejendomsretten til det pågældende immaterielle aktiv, er efter TPG 2016 ligeledes vigtigt at fastlægge. Ejendomsretten og dermed et juridisk ejerskab alene medfører dog ikke, at selskabet har ret til en større del af afkastet, som følge af deres rettigheder til at udnytte det immaterielle aktiv.

Allokeringen af profit som følge af et salg eller udnyttelse af et immaterielt aktiv fastlægges på baggrund af det pågældende selskabs bidrag med udførte funktioner, aktiver i brug og risici påtaget i forhold til DEMPE. Dette sker på baggrund af selskabernes faktiske adfærd.

Ligesom de væsentlige funktioner er blevet beskrevet i det opdaterede kapitel, har OECD også valgt at beskrive brugen af aktiver nærmere. Her fokuseres der især på kapital for at undgå, at koncerner omgår retningslinjerne og allokere afkast til funktionssvage selskaber i lavskattelande. Det betyder altså, at et selskab som stiller kapital til rådighed, men ikke kontrollerer risikoen eller udfører funktioner i forlængelse af dette, generelt ikke vil modtage et afkast i samme størrelsesorden, som havde det udført funktioner og kontrolleret risikoen.

I forlængelse af dette skal et selskab vurdere dets realistiske alternativer. Dette gøres med henblik på, at undgå kontrollerede transaktioner, som kun gavner det ene selskab i transaktionen og af samme årsag formentlig ikke ville være sket mellem uafhængige selskaber. Hvis værdien for det pågældende selskab er større ved at beholde det immaterielle aktiv, end ved at sælge dette, vil selskabet derfor skulle beholde det.

Derudover har der i TPG 2016 været et behov for et afsnit om immaterielle aktiver som på transaktionstidspunktet er svære at værdiansætte (Hard-to-value intangibles). Der er i dette afsnit introduceret en bevisbyrderegel, som har til formål at gøre det lettere for skattemyndighederne at vurdere prisfastsættelsen af disse typer immaterielle aktiver. Det er dermed op til skatteyder at bevise, at en given udvikling ikke var forudsigelig.

Prisfastsættelsen af HTVI skal ske ud fra det immaterielle aktivs forventede fremtidige fordele og det kan være nødvendigt med risikoafdækning i form af interne aftaler som eksempelvis prisjusteringsklausuler, genforhandlingsaftaler m.v. hvis uafhængige selskaber i en sammenlignelig situation ville have gjort dette.



6. Koncerninterne omstruktureringer

For at sikre TPG kapitel 9's overensstemmelse med BEPS projektet, arbejdes der fra OECD's side på en opdateret version som skal erstatte retningslinjerne fra 2010. Den endelige version er endnu ikke færdiggjort, hvorfor afhandlingen vil undersøge og analysere OECD's udkast til kapitel 9 fra juli 2016. Formålet med dette kapitel er, at undersøge hvordan koncernselskaber skal forholde sig til koncerninterne omstruktureringer i forhold til at overholde de forventede retningslinjer. Hertil hvorledes en koncernintern omrokering af hhv. funktioner, aktiver og risici skal kompenseres i forhold til profit potentialet knyttet til disse. Ydermere vil betydningen af selskabernes faktiske adfærd undersøges og hertil vil det også vurderes hvilken indflydelse dokumentationskravene har for selskaberne.

6.1 Definitionen af omstruktureringer

Omstruktureringer bliver i kapitel 9 givet følgende definition:

"... the cross-border reorganisation of the commercial or financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements"¹²⁴.

En omstrukturering er altså en grænseoverskridende aktivitet hvor man organiserer de forretningsmæssige og finansielle relationer mellem koncernforbundne selskaber på en ny måde. En omstrukturering kan ligeledes være en afslutning på en aftale, eller genforhandling af allerede eksisterende aftaler mellem koncernforbundne selskaber.

Omstruktureringer vedrører ofte en centralisering af profit potentielle immaterielle aktiver, risici eller funktioner.

Omstruktureringer kan ske på flere forskellige måder. I praksis medfører en omstrukturering ofte, at selskaber med et højt niveau af risici og funktioner (full-fledged), efter omstruktureringen, har en mindre andel af risici og funktioner, da de allokeres til et andet koncernselskab.

OECD's retningslinjer gælder for alle typer af omstruktureringer, men tager ikke højde for forskelle i forhold til de enkelte landes interne regler omkring bekæmpelse af misbrug samt CFC lovgivning. Ligeledes er det også forhold som moms og indirekte skatter, selvom disse kan have indflydelse i

¹²⁴ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 3.



omstruktureringssituationer.¹²⁵ Det er uden betydning hvorvidt omstruktureringen leder til en mere eller mindre centraliseret forretningsmodel.¹²⁶

Der kan være mange grunde til at koncernselskaber vil foretage omstruktureringer, men det skyldes ofte selskabernes mulighed for, at udnytte gruppesynergier samt stordriftsfordele og dermed optimere værdikæden.¹²⁷ Der kan dog også, som følge af overkapacitet, være behov og ønske om omstrukturering med henblik på, at undgå eller minimere et eventuelt tab.

Samlet for disse gælder, at omstruktureringerne typisk medfører en omrokering af et givent profit potentiale (forventet fremtidig profit) mellem de enkelte koncernselskaber (kan være med det samme eller over en periode). Der skal derfor foretages en vurdering af, hvorvidt dette er i overensstemmelse med armslængdeprincippet og hvordan dette princip skal anvendes i omstruktureringssituationer.

6.2 Armslængde compensation for en omstrukturering

Der skal ligeledes i omstruktureringer, som ved alle andre kontrollerede transaktioner ske en identifikation af de kommercielle og finansielle relationer mellem de enkelte koncernselskaber som deltager i transaktionen. De aftalte kontraktuelle vilkår samt økonomiske omstændigheder skal ligeledes fastlægges. Dette skal gøres, i lighed med de generelle retningslinjer omkring identifikation og fastlæggelse af den kontrollerede transaktion, gennem de fem sammenlignelighedsfaktorer. Hertil skal der også foretages en vurdering af de funktioner som hver af koncernselskaberne i transaktionen udfører, under hensyntagen til de enkelte koncernselskabers brugte aktiver og påtagende risici (både før og efter omstruktureringen), samt forretningsstrategierne.

Det gælder dog ligeledes, særligt for omstruktureringer, at analysen skal indeholde informationer omkring den forretningsmæssige begrundelse og de forventede fordele som følge af omstruktureringen, samt betydningen af gruppesynergier og det enkelte koncernselskabs realistiske alternativer. De realistiske alternativer skal vurderes, da et koncernselskabs rationelle beslutning afhænger af hvorvidt værdien af omstruktureringen overstiger værdien ved ikke at gennemføre den. Når disse forhold er fastlagt vil der ligeledes for omstruktureringer foretages en sammenligning med uafhængige parter i en sammenlignelig situation, for at fastlægge omstruktureringens overensstemmelse med armslængdeprincippet.

¹²⁵ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 4.

¹²⁶ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 3.

¹²⁷ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 3.



Det kan i guidelines virke som om, at alle realistiske alternativer skal dokumenteres med henblik på at danne grundlag for en vurdering af, hvorvidt et koncernselskab vil være part i en given transaktion. En sådan dokumentationsbyrde kan i mange tilfælde være et unødigt økonomisk pres på selskaberne. OECD påpeger dog, at det "kun" er de realistiske alternativer som er klart mere attraktive, der skal dokumenteres. En præcisering af hvornår noget er klart mere attraktivt savnes derfor.

6.3 Særlige forhold for omstruktureringer

6.3.1 Fastlæggelse af koncernselskabets funktioner, aktiver og risici både før og efter omstruktureringen.

De kontraktmæssigt formaliserede vilkår udgør udgangspunktet for analysen af transaktionen som omstruktureringen omfatter. En sådan kontrakt har til formål at beskrive forpligtelser og rettigheder for koncernselskabet som gennemgår omstruktureringen, samt hvorvidt disse ændrer sig som følge af heraf. Hvis der ikke er formaliseret en egentlig kontrakt, eller hvis den faktiske adfærd adskiller sig fra kontrakten, gælder det ligeledes for omstruktureringer, at transaktionen skal fastlægges ud fra den faktiske adfærd.¹²⁸

Når transaktionen skal fastlægges kræver det en funktionsanalyse som har til formål, at identificere de enkelte koncernselskabers økonomisk signifikante aktiviteter, forpligtelser, aktiver, og risici. Dette skal vurderes både før og efter omstruktureringen med henblik på at vurdere hvad de enkelte koncernselskaber faktisk har bidraget med.

Risiko tillægges stor vægt ved omstruktureringer, da risikoen ofte omrokes i omstruktureringer således at koncernselskaber der før omstruktureringen havde påtaget sig større risici og dermed havde krav på en større del af afkastet, efter omstruktureringen umiddelbart stilles med et lavere niveau af risici.

Det er derfor essentielt at vurdere om et koncernselskab havde påtaget sig risikoen før omstruktureringen, da et selskab som ikke før omstruktureringen har påtaget sig risikoen heller ikke kan allokere denne til et andet selskab. Ligeledes skal et koncernselskab, som ikke har påtaget sig risikoen efter omstruktureringen, heller ikke allokere et profit potentiale henført fra denne risiko. Dette gøres gennem en grundig risikoanalyse som er gennemgået i afhandlingens kapitel 3. En given

¹²⁸ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 6.



risiko kan kun allokeres til et koncernselskab som faktisk har påtaget sig denne risiko og i forlængelse af dette også har den fornødne finansielle kapacitet til at bære konsekvenser af denne ved en eventuel realisering.

I relation til risiko er der flere forhold som er vigtige at vurdere, herunder hvorvidt en given risiko er økonomisk signifikant og hvorvidt der med risikoen medfølger et profit potentiale.¹²⁹ Den økonomiske signifikans skal vurderes ud fra sandsynligheden for, at den givne risiko realiseres, hvor stor profit potentiale der medfølger samt det mulige størrelsesorden på et tab som følge af realisering af risikoen. Det betyder altså, at et scenarie hvor et koncernselskab afgiver en økonomisk ubetydelig risiko som medfører et "substantielt" fald i selskabets profit potentiale ikke vil være på armslængde vilkår, da uafhængige selskaber ikke ville acceptere dette.

Selve ordet profit potentiale kan give anledning til nogle problematikker i praksis. OECD påpeger, at et profit potentiale kan være både overskuds- eller underskudsgivende situationer, hvorfor ordet "profit" kan være misvisende. Flere rådgivere mener, at dette i stedet kunne kaldes for "økonomisk potentiale" ¹³⁰ med henblik på, at undgå en eventuel misforståelse mellem skatteyder og skattemyndigheder.

6.3.2 Den forretningsmæssige begrundelse samt de forventede fordele som følge af omstruktureringen, herunder betydningen af gruppesynergier

Omstruktureringer kan ligeledes foretages som følge af et konkurrencemæssigt pres eller et ønske om, at specialisere og effektivisere. Hvis forventede gruppesynergier spiller en stor forretningsmæssig rolle i forhold til omstruktureringen, er det god skik for koncernen at dokumentere kilden til gruppesynergierne, hvilken indflydelse de har på selskabet og baggrunden for denne vurdering.¹³¹ Dette skal gøres da en sådan dokumentation kan støtte grundlaget for omstruktureringen.

Selvom det forretningsmæssige rationale bag omstruktureringen kan bestå af en forventning om at opnå fremtidige gruppesynergier, kan der godt opstå situationer hvor disse aldrig realiseres. Dette medvirker dog ikke til, at omstruktureringen ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

¹²⁹ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 8.

¹³⁰ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 14.

¹³¹ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 9.



6.3.3 De realistiske alternativer

En grundlæggende vurdering som skal foretages i en kontrolleret transaktion er hvorvidt det enkelte koncernselskab stilles dårligere som følge af transaktionen. Er dette tilfældet ville transaktionen ikke accepteres mellem uafhængige selskaber og derfor, efter armslængdeprincippet, heller ikke mellem kontrollerede selskaber. En sådan vurdering af hvorvidt parterne stilles værre end før omstruktureringen skal ske *før skat*. Formålet med denne vurdering er, at fjerne effekten af forskellige skattesatser landene imellem. Dette kan være i strid med armslængdeprincippet, da uafhængige selskaber medregner den skattemæssige fordel og derfor ikke ville bruge et resultat før skat som vurderingsgrundlag for, at deltage i omstruktureringen. Uafhængige selskaber ville derimod tage udgangspunkt i et resultat efter skat som en bestemmende faktor.

Ved omstruktureringer skal koncernselskaberne ligeledes vurdere og redegøre for deres realistiske alternativer. Dette gøres da uafhængige parter ikke vil indgå i transaktioner som stiller dem dårligere end deres realistiske alternativer, hvorfor et koncernselskab, ud fra armslængdeprincippet, heller ikke vil dette.

Der kan dog opstå situationer hvor et uafhængigt selskab ikke ville have indtrådt i en given transaktion, men i og med de realistiske alternativer vil stille dem værre end ved at indtræde i transaktionen, kan kontrollerede selskaber derfor godt indtræde i transaktionen.

6.4 TP dokumentation

TP dokumentationen er blevet præciseret og udvidet. De væsentligste forøgede krav til koncernen er, at den i master file nu skal beskrive alle omstruktureringer af betydning. Ligeledes skal det enkelte koncernselskab i local file, beskrive hvorvidt selskabet er påvirket af omstruktureringen. Bliver selskabet påvirket eller selv er involveret i omstruktureringen skal selskabet i local file også beskrive hvordan det bliver påvirket. Ydermere er der kommet krav til, at selskabet skal dokumentere transaktioner både før, under og efter omstruktureringen samt ændringer i fastsatte aftaler og ved flytning af hhv. funktioner, aktiver og risici.

Den øgede dokumentationsbyrde kan være vanskelig for selskaberne at bære. Da mange omstruktureringer i praksis ikke kræver både en før, under og efter analyse kan dette være et unødigt økonomisk pres på selskaberne og kan give anledning til, at visse vigtigere dokumentationskrav ikke



længere opfyldes. Ligeledes kan det i praksis være vanskeligt at analysere virkningen af omstruktureringen (en sammenligning af før og efter), da de ofte bliver langsomt implementeret i praksis og derfor først efter noget tid vil have det endelige resultat. Sådanne omstruktureringer skal dog stadig dokumenteres.

6.5 Anerkendelse af de faktiske fastlagte transaktioner

Med hensyn til omstruktureringer kan der være problematikker omkring sammenlignelige transaktioner, da store koncerner ofte implementerer globale værdikæder eller centraliserer funktioner som ikke ses hos uafhængige parter. Selvom der for armslængdeprincippet gælder, at koncernselskaber skal agere som uafhængige parter i sammenlignelige situationer, betyder det faktum dog ikke, at omstruktureringen i sig selv ikke er på armslængde vilkår, alene af den grund, at det ofte ikke sker mellem uafhængige parter.¹³²

Det betyder altså at skattemyndighederne, ikke på dette grundlag, kan vælge ikke at anerkende transaktionen vedrørende omstruktureringen. At omstruktureringen skyldes at koncernen som helhed ønsker at optimere deres skatteomkostninger giver heller ikke skattemyndighederne mulighed for, alene på denne baggrund, ikke at anerkende transaktionen vedrørende omstruktureringen.

Muligheden for ikke at anerkende transaktionen vedrørende omstruktureringen kan opstå som følge af visse særlige omstændigheder i form af en økonomisk og forretningsmæssig irrationalitet for de enkelte koncernselskaber. Ligeledes hvis de enkelte koncernselskaber hver især stilles dårligere før skat end hvis omstruktureringen ikke blev gennemført, uanset om koncernen som helhed stilles bedre. En vurdering omkring omstruktureringens forretningsmæssige rationale skal altså bestå af en helhedsvurdering og ikke kun af de enkelte delelementer i omstruktureringen.

Hvert koncernselskab vurderes for sig, hvilket gøres på baggrund af deres rettigheder, aktiver, forventet profit og compensation som følge af omstruktureringen. Hertil skal det enkelte koncernselskabs realistiske alternativer også vurderes.

6.6 Omrokering af profit potentiale som følge af omstruktureringen

OECD understreger at compensation i omstruktureringssituationer ikke alene skal ske som følge af et koncernselskabs afgivelse af profit potentiale, da der ikke altid kompenseres for dette mellem uafhængige selskaber. Det skal derimod vurderes hvorvidt der er overført "noget af værdi" eller

¹³² OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 11.



hvorvidt der er sket en afslutning af en kontrakt eller der er sket en genforhandling af de kontraktmæssige vilkår. I tilfælde hvor dette er sket og der i sammenlignelige situationer mellem uafhængige parter ville være sket en kompensation, berettiger det også til kompensation mellem kontrollerede selskaber. OECD påpeger, at "noget af værdi" kan være aktiver såvel som ongoing concern.¹³³

6.7 Immaterielle aktiver i omstruktureringen

I omstruktureringer kan der overdrages værdifulde immaterielle aktiver og det kan ofte være svært at identificere og værdiansætte disse. Det er vigtigt at vurdere hvorvidt og hvilken pris uafhængige parter ville have betalt for det.

Der kan være forskellige årsager til at foretage en omstrukturering. Det kan som nævnt være for at spare penge, opnå stordriftsfordele eller andre forretningsmæssige begrundelser. En omstrukturering kan eksempelvis omfatte en flytning af det juridiske ejerskab af de immaterielle aktiver til et andet land. I sådanne tilfælde hænder det, at selskabet stadig benytter det immaterielle aktiv, eksempelvis som licenstag eller gennem en kontrakt. Som det beskrives i afhandlingens kapitel 5, giver det juridiske ejerskab alene ikke anledning til en kompensation. Kompensationen skal derimod allokeres på baggrund af hvem der udfører og kontrollerer funktionerne i relation til DEMPE. Dette kan være svært for skattemyndighederne at gennemskue, hvilket betyder at selskaberne bliver pålagt en større dokumentationsbyrde i henhold til, at kunne bevise overfor skattemyndighederne hvordan det rent faktisk ser ud.

Der kan i omstruktureringer opstå flere forskellige forhold der skal kompenseres. Eksempelvis ved en overdragelse, efterfølgende transaktioner relateret til overdragelsen og ved en evt. fremtidig udnyttelse af det immaterielle aktiv.

6.7.1 Immaterielle aktiver hvis værdi er usikker på transaktionstidspunktet

I tilfælde hvor der overdrages immaterielle aktiver hvis værdi er usikker på transaktionstidspunktet, skal armlængdeprisen bestemmes på baggrund af hvad uafhængige parter havde gjort under

¹³³ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 12.



sammenlignelige omstændigheder.¹³⁴ Såfremt der er tale om hard-to-value intangibles, skal vejledningen i TPG kapitel 6 følges.

6.7.2 Local intangibles

Hvis et selskab går fra at være principal til kun at bære begrænsede risici og bruge få aktiver og derfor kun modtage en lav kompensation herfor, skal det vurderes om der er overdraget værdifulde immaterielle aktiver til et udenlandsk selskab eller om lokale immaterielle aktiver forbliver tilbage i selskabet.¹³⁵ Hvis lokale immaterielle aktiver forbliver tilbage i selskabet, skal det vurderes hvorvidt den lave kompensation er på armslængde vilkår eller om kompensationen skal reguleres i forhold til de immaterielle aktiver der anvendes af selskabet. Erhverver skal yde en kompensation i tilfælde hvor overdrager efter overdragelsen stadig bidrager med funktioner relateret til DEMPE.

6.7.3 Kontrakt rettigheder

Kontraktuelle rettigheder kan være værdifulde immaterielle aktiver. Der kan opstå en overdragelse af kontraktuelle rettigheder, hvis et koncernselskab opsiger sine kontrakter med dets kunder, hvorefter et andet koncernselskab indgår kontrakter på samme vilkår med de kunder. Der skal i et sådan tilfælde udregnes en armslængdepris for transaktionen, da dette anses som en overdragelse mellem koncernselskaberne.

6.8 Overdragelse af aktiviteter

Omstruktureringer omfatter sommetider en overdragelse af en samlet enhed, som eksempelvis forskningsaktiviteter der overdrages sammen med et forskningsteam. I en sådan situation kan det være nødvendigt at vurdere hele den samlede enhed med henblik på fastlæggelse af en armslængdepris, da den samlede værdi af de enkelte dele hver for sig ikke nødvendigvis giver samme værdi som den samlede enhed. En sådan overdragelse skal struktureres som uafhængige parter havde gjort under sammenlignelige omstændigheder.

6.8.1 Underskudsgivende aktiviteter

Der kan opstå tilfælde hvor underskudsgivende aktiviteter overdrages af forretningsmæssige årsager. Dette kan eksempelvis være for at undgå at selskabet lukker ned. Dette kan give mening i forhold til at

¹³⁴ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 18.

¹³⁵ Ibid



undgå fremtidige tab, hvis disse havde været højere end de omkostninger der er forbundet med omstruktureringen.

I ovenstående tilfælde er spørgsmålet om erhververen skal kompenseres for at overtage en underskudsgivende aktivitet. Det skal i en sådan situation vurderes om en underskudsgivende aktivitet var blevet lukket ned og om et uafhængigt selskab ville have erhvervet sådan en aktivitet. Der kan opstå tilfælde hvor et uafhængigt selskab ville overtage en underskudsgivende aktivitet, eksempelvis hvis omkostningerne eller risikoen ved at lukke aktiviteten ned ikke overstiger de potentielle fordele der kunne opnås ved at ændre aktiviteten til selskabets fordel hvis det er muligt.¹³⁶

6.9 Outsourcing

I en omstrukturering kan det ske at et selskab frivilligt bærer omkostningerne forbundet med omstruktureringen med henblik på, at opnå fremtidige besparelser. Dette kan ske hvor omkostningerne forbundet med at outsource en aktivitet er lavere end den besparelse som der kan opnås. Uafhængige selskaber vil ofte ikke kræve compensation fra erhververen, da fordelene for overdrageren er større end omkostningerne ved omstruktureringen. Det vurderes derfor at en uafhængig part havde accepteret en lignende aftale og den er dermed armslængde.

6.10 Erstatning til det omstrukturerede selskab ved ophør eller genforhandling af kontrakter

Et selskab kan sommetider være berettiget til en compensation i form af en erstatning på baggrund af en omstrukturering, da det kan have skadelige konsekvenser at indgå i sådan en i form af mistet profit eller forøgelse af selskabets omkostninger. En sådan erstatning kan betales med det samme eller senere som en besparelse, i form af lavere indkøbspriser eller på en hel tredje måde.¹³⁷ Ved en besparelse vil compensationen dermed falde som en løbende betaling over tid.

Afslutning eller genforhandling af en aftale fører ofte til en ændring i funktioner og risiko mellem selskaberne, hvilket har indflydelse på allokeringen af profit. En ændring i en kontrakt, skal dog ikke nødvendigvis føre til en compensation til det omstrukturerede selskab. Dette afhænger af

¹³⁶ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 20.

¹³⁷ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 20-21.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

omstændighederne og afgøres i en analyse af selskabets funktioner, aktiver og risici, før og efter omstruktureringen. Efter en sådan analyse henviser OECD til følgende tre steps¹³⁸, som beskrives på figur 16.

Figur 16 – Oversigt over forhold ved betaling af erstatning

1.	Om lovgivningen giver det omstrukturerede selskab ret til en erstatning.
2.	Om der eksisterer eller mangler en erstatningsklausul, eller lignende bestemmelser i vilkårene for aftalen.
3.	Hvilket selskab der skal bære omkostningerne i forhold til erstatningen og hvem der er berettiget til erstatningen på baggrund af, hvem der lider under en afslutning eller genforhandling af en aftale.

Kilde: Egen tilvirkning

Andet step henviser til at der skal ageres som uafhængige parter, hvor der vil være modsatrettede interesser, som gør at prisen altid vil være armslængde. Dette er dog ikke altid tilfældet mellem koncernforbundne parter, da de jo ikke nødvendigvis har modsatrettede interesser. Der skal derfor lægges vægt på den faktiske adfærd ved fastlæggelse af en erstatningsklausul, da denne kan afvige fra de kontraktuelle vilkår. For eksempel kan løbetiden i en aftale afvige eller en aftale opsiges før tid i forhold til hvad der står i aftalen, hvilket i nogle tilfælde kan give den opsagte part ret til erstatning. I en sådan situation kan sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter bruges til, at vurdere hvorvidt der er handlet på armslængde vilkår.

Omstruktureringer kan lede til en opsigelse af medarbejderkontrakter i et selskab, hvorefter medarbejderne kan overføres til et andet selskab. I et sådan tilfælde skal forholdene før og efter omstruktureringen vurderes i relation til om noget af værdi er blevet overdraget, samt om der er overdraget klausuler (eksempelvis konkurrenceklausuler) sammen med ansættelseskontrakterne. Dette er vigtigt, da det bruges til at fastlægge størrelsen på en evt. erstatning til det selskab, som medarbejderne kommer fra.

¹³⁸ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 21.



Et uafhængigt selskab vil ved indgåelse af kontrakter, forsøge at minimere sine risici ved eksempelvis at tilføje en erstatningsklausul til kontrakten, som gør at der skal ske en kompensation i form af en erstatning, såfremt kontrakten opsiges før tid.

Når det besluttes at der skal betales en erstatning og erstatningens størrelse er fastlagt ud fra hvad uafhængige selskaber ville gøre, er spørgsmålet, hvem der skal betale erstatningen.

Dette afgøres ud fra hvilket selskab som vurderer, at de forventede fremtidige fordele vil overstige omkostningerne forbundet ved betalingen for erstatningen.

6.11 Transaktioner efter omstruktureringen har fundet sted

Omstruktureringer involverer forandring, da funktioner, aktiver og risici kan flyttes. Armslængdeprincippet er gældende uanset om transaktionerne var kendt før omstruktureringen eller ikke.

Det er vigtigt at fastslå om en overdraget risiko er opstået som følge af omstruktureringen eller om den også var der før, da det har indflydelse på kompensationens størrelse til det selskab, der har påtaget sig risikoen. Det skal fastlægges hvordan selskabet rent faktisk kontrollerer en evt. risiko og om de har den finansielle kapacitet til dette. Det kan hjælpe til at bestemme den bedst egnede metode til fastlæggelse af kompensationens størrelse.

Når der søges efter sammenlignelige transaktioner, handler det om at finde den bedst egnede. Det er dog ofte vanskeligt at finde sammenlignelige transaktioner efter transaktionen har fundet sted, hvilket besværliggør fastlæggelsen af en armslængdepris for transaktionen. Der kan eksempelvis anvendes en forretningsmodel der aldrig eller kun sjældent ses mellem uafhængige parter. En sådan situation betyder dog ikke nødvendigvis at transaktionen er forretningsmæssigt irrationel eller at den ikke er armslængde.

Det er vigtigt at justere for forskelle i transaktioner mellem uafhængige selskaber, hvis det kan gøre dem sammenlignelige. Dette kan både være i situationer hvor det omstrukturerede selskab stadig udfører værdifulde funktioner eller ejer immaterielle aktiver eller hvis økonomisk betydelige risici stadig findes i selskabet.¹³⁹

¹³⁹ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 28-29.



OECD anerkender at der ikke altid kan findes sammenlignelige transaktioner, men at det samtidig er nødvendigt at finde en løsning på alle sager.¹⁴⁰

Der kan være en sammenhæng mellem kompensationen for omstruktureringen og en armslængde betaling for at drive forretningen efter omstruktureringen. Dette foregår ved, at et koncernselskab eksempelvis kan give afkald på en direkte betaling og i stedet modtage betaling løbende gennem samhandel.¹⁴¹ En sådan form for betaling kan dog være svær at organisere og derudover vanskelig for skattemyndighederne at gennemskue og de skal derfor bruge detaljeret information om dette gennem dokumentationen. OECD arbejder dermed videre på at retningslinjerne føres i retning af at der skal være større gennemsigtighed for skattemyndighederne i de forskellige lande og pålægger dermed selskaberne større dokumentationsbyrder.

6.11.1 Sammenligning af transaktionen før og efter omstruktureringen

OECD henviser til at man kan sammenligne profitten for et selskab, som har været involveret i en omstrukturering med henblik på at få en forståelse for omstruktureringen. Der henvises ligeledes til at denne sammenligning ikke kan stå alene, da den ikke er tilstrækkelig til at fastlægge en armslængdepris.¹⁴² Denne metode skal derfor kun anvendes som et supplement til sammenlignelighedsanalysen.

Ved omstruktureringer sker det at nogle funktioner, aktiver og risici overdrages, mens andre bliver i det oprindelige selskab. I nogle tilfælde har et selskab på papiret overdraget immaterielle aktiver eller risiko, men efter omstruktureringen fortsætter det med at varetage nogle af de funktioner som det tidligere har varetaget. Parternes faktiske adfærd og de faktiske transaktioner er i dette tilfælde bestemmende for hvordan en sådan transaktion skal fastlægges og dermed størrelsen på en armslængde kompensation.¹⁴³

¹⁴⁰ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 29.

¹⁴¹ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 29.

¹⁴² OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 30.

¹⁴³ OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review - side 30.



6.12 Besparelser på baggrund af lokationsfordele

Besparelser kan foreligge når en koncern omstrukturerer og flytter nogle aktiviteter til et andet land hvor omkostningerne er lavere end hvor de hidtil har været placeret. I et sådan tilfælde skal det vurderes hvordan disse besparelser skal fordeles i koncernen. Dette vurderes på baggrund af funktioner, aktiver og risici i hvert selskab. Derudover er det vigtigt at se på parternes realistiske alternativer, for at finde eventuelle sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter, hvilket kan være en hjælp ved bestemmelse af en armslængde pris.

6.13 Delkonklusion

Ved koncerninterne omstruktureringer hvor funktioner, aktiver og risici omroteres mellem de enkelte koncernselskaber skal der foretages en analyse. Denne analyse skal foretages både før og efter omstruktureringen med henblik på, at vurdere hvad der er flyttet og hvordan dette skal kompenseres. Funktioner, aktiver og risici er tilknyttet et profit potentiale som er et udtryk for forventet fremtidig profit og et koncernselskab som afgiver dette skal derfor kompenseres herfor, i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Der lægges her vægt på den faktiske adfærd frem for de kontraktuelle betingelser.

En koncernintern omstrukturering skal ligeledes indeholde en forretningsmæssig begrundelse. Denne begrundelse skal danne grundlag for skattemyndighedernes vurdering af, hvorvidt en transaktion vedrørende denne omstrukturering, kan accepteres. Rationalet bag omstruktureringen skal derfor vurderes ud fra koncernselskabernes realistiske alternativer. Uafhængige selskaber ville ikke indtræde i transaktioner hvor de stilles værre end ved ikke at indtræde i disse, hvorfor koncernselskaber, efter armslængdeprincippet, heller ikke vil.

Dokumentationsbyrden for selskaber er steget da der både kræves en før og efter analyse. Denne dokumentationsbyrde kan have økonomiske konsekvenser for selskaberne og muligvis medføre, at visse vigtige dokumentationsforhold ikke dokumenteres fordi selskaberne skal dokumentere før og efter forhold som kan være uden signifikant betydning og derfor ikke kræver en analyse.



7. Praktisk anvendelse af OECD's Transfer Pricing retningslinjer

7.1 Indledning

Den teoretiske viden som er opbygget gennem afhandlingens analyser vil nu bruges i en egenkonstrueret case med det formål, at vise hvordan OECD's retningslinjer i praksis skal anvendes. Casen vil analysere problematikkerne om hvordan koncernselskaber, i kontrollerede transaktioner, skal kompenseres for deres bidrag af funktioner, aktiver og risici i en omstruktureringssituation.

Casen omhandler en dansk koncern (BRAINY Medicine) bestående af to danske selskaber og et udenlandsk selskab beliggende i USA. Koncernstrukturen er bygget op som en principalstruktur hvor alle væsentlige værdiskabende funktioner, aktiver og påtagelse af risici befinder sig hos principalselskabet.

BRAINY Medicine er en medicinalkoncern med fokus på forskning og udvikling af produkter som kan hjælpe svært overvægtige med at tabe sig. Koncernen har aktiviteter på både det europæiske og amerikanske marked.

Casen er opdelt i to scenarier, samt en forklaring af selve omstruktureringsprocessen, med det formål at vise hvordan koncernselskaberne skal aflønnes henholdsvis før og efter omstruktureringen.

- Scenarie 1 er aflønning af koncernselskaberne i en principalstruktur før de indgår i omstruktureringen.
- Selve omstruktureringsprocessen hvor der flyttes funktioner, aktiver og risici mellem de koncernforbundne selskaber.
- Scenarie 2 er aflønning af koncernselskaberne efter omstruktureringen. Der foretages en analyse af ændringerne i koncernselskabernes bidrag i forhold til værdiskabelsen.

7.2 Koncernstruktur

BRAINY Holding A/S (Holdingselskab – Danmark)

Holdingselskabet som er beliggende i Danmark har aktiviteter i form af finansiering til BRAINY Medicine A/S, varetagelse af registreringen af alle patenter i BRAINY Medicine A/S, samt forsvar af disse. Holdingselskabet har endvidere påtaget sig de finansielle risici ved udlånet.

BRAINY Medicine A/S (Principal – Danmark)

Dette selskab er et principalselskab. De er økonomisk og juridisk ejer af værdifulde immaterielle aktiver, varetager væsentlige værdiskabende funktioner, kontrollerer beslutningstagerfunktionerne

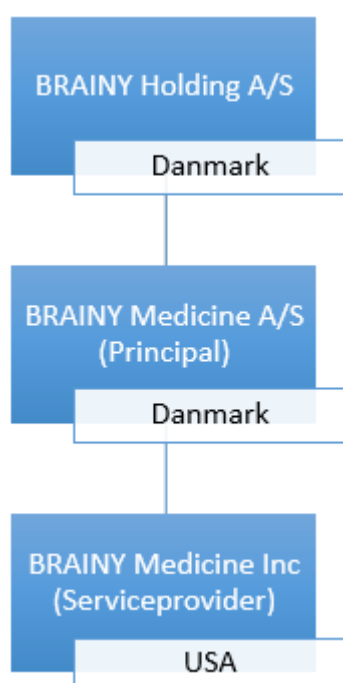


og har hertil påtaget sig de operationelle risici. I forlængelse af dette besidder BRAINY Medicine A/S den fornødne finansielle kapacitet til, at bære konsekvenserne ved en eventuelt realisering af disse risici.

BRAINY Medicine Inc (Serviceprovider – USA)

BRAINY Medicine Inc er ejet 100% af det danske principalselskab. BRAINY Medicine Inc ejer ingen værdifulde immaterielle aktiver. Det amerikanske selskab står for marketings- og salgsaktiviteter af produktporteføljen på det amerikanske marked og har udover dette ikke påtaget sig nogle væsentlige risici.

Figur 17 - Koncernstruktur



Kilde: Egen tilvirkning

7.3 Forretningsstrategi

Koncernens fokusområde ligger i, at forske og udvikle medicin til behandling af fedme. BRAINY Medicine A/S producerer på nuværende tidspunkt ét præparat, Adipos. 30 % af salget sker på det amerikanske marked, hvor de resterende 70 % kan henledes til det europæiske marked. Som følge af det amerikanske markedes enorme potentiale og stigningen i antallet af overvægtige personer, er marketingsaktiviteterne primært målrettet dette marked. BRAINY Medicine A/S' eneste nuværende færdigproducerede produkt er patenteret. BRAINY Medicine A/S er i gang med udviklingen af et nyt



produkt (Cylix) mod fedme. Fedme defineres ved at personen har en BMI på 30 eller derover.¹⁴⁴ Cylix som har til formål, at påvirke hjernen således, at mæthedsfølelsen øges markant og kan medvirke til, at forbrugeren taber sig i vægt. Indledende forsøg har vist, at Cylix har potentiale til at være op til 20% mere effektiv end eksisterende produkter på markedet da det kan have en vedvarende effekt.

Udviklingen af Cylix startede i 2010. BRAINY Medicine A/S fik patenteret produktet som skal gennemgå sundhedstest, der er opdelt i tre faser som alle skal godkendes før produktet kan sættes i produktion og lovligt sælges på markedet.

Dette skyldes, at kravene til forskning og udvikling af nye medicinalprodukter skærpes da fokus på sikkerhed og effekt i højere grad er centralt. Cylix har på nuværende tidspunkt allerede gennemgået og bestået fase 1 og 2, som bestod af forsøg på frivillige testpersoner. I fase 1 var dosen af Cylix minimal, man tog hele tiden små skridt og holdt øje med virkninger såvel som mulige bivirkninger. Bivirkningerne er tilknyttet en risiko, da disse kan påvirke hvorvidt produktet kan godkendes og dermed sælges på markedet. Cylix er derfor klar til at gennemgå fase 3 forsøgene.

7.4 Historik

1991:

Koncernens principalselskabet BRAINY Medicine A/S blev stiftet i 1991 af to rigmænd og tidligere medarbejdere indenfor medicinalbranchen, som begge var danske statsborgere men netop hjemvendt fra et længere ophold i USA, hvor de havde tilegnet sig viden omkring fedme og behandling af dette. De besluttede sig af denne grund, at etablere BRAINY Medicine A/S med hovedsæde i Danmark. Hovedparten af egenkapitalen i BRAINY Medicine A/S stammer fra lån fra Holdingselskabet samt gæld optaget i form af banklån, da opstarten har krævet mange ressourcer. Den samlede låneoptagelse og egenkapitalen betyder at BRAINY Medicine A/S har den finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne af de påtagne risici, hvis de realiseres.

2004:

Opstarten af BRAINY Medicine A/S var lang og omkostningsfuld. Indtægterne begyndte først at komme efter en årerække med underskud som følge af dyrebar forskning, udvikling og markedsføring af Adipos. Salget af Adipos startede udelukkende i Danmark og i dele af Europa. Som følge af den stigende fedmeepidemi i særligt USA, steg efterspørgslen efter BRAINY Medicines produkter og den

¹⁴⁴ <http://www.netdoktor.dk/sygdomme/fakta/fedme.htm> - 10. maj 2017



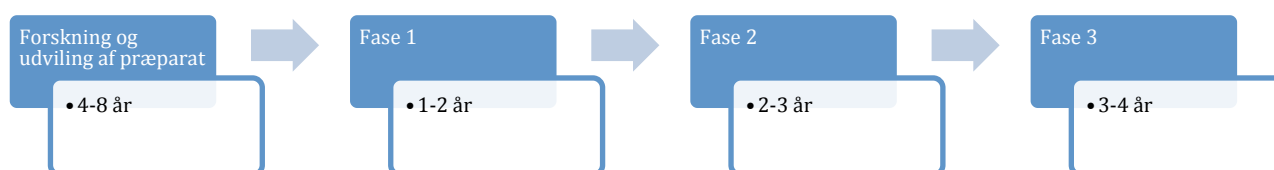
potentielle profit på dette marked blev vurderet særlig lukrativ. Af denne grund valgte BRAINY Medicine A/S at stifte et selskab i USA. Formålet med dette selskab var, at varetage marketings- og salgsaktiviteter på det amerikanske marked.

2010:

BRAINY Medicine A/S brugte mange ressourcer på forskning og udvikling og forsøgte hele tiden at optimere produktporteføljen med nye og mere effektive produkter. Dette ledte til, at BRAINY Medicine A/S i 2010 startede udviklingen på selskabets nye produkt, Cylix. Produktet havde til formål at hjælpe overvægtige med at tabe sig og dermed lette den samfundsmæssige byrde på baggrund af denne sygdom. Produktet var særligt henvendt til det amerikanske marked, da mere end hver tredje amerikaner vurderes at være overvægtig.¹⁴⁵

7.5 Udvikling af medicinalpræparater

Figur 18 – Oversigt over udviklingen af BRAINY Medicines præparater



Kilde: *Egen tilvirkning*

Forskning og udvikling af BRAINY Medicines præparater består i at udvikle og sammensætte et produkt som kan bruges mod fedme. Herunder en vurdering af den optimale kvalitet og kvantitet. Forsøgene starter i forsknings- og udviklingsfasen med test på dyr. Dette sker med henblik på, at sikre at doserne fastlægges korrekt og ikke har skadelige bivirkninger, således at de også kan testes på mennesker senere hen.

I de efterfølgende testfaser (1-3) testes præparatet på forsøgspersoner for at sikre at det sikkerhedsmæssigt og kvalitetsmæssigt er i orden.

Fase 1:

I denne fase testes BRAINY Medicines præparater på et mindre antal raske mennesker (typisk 20-80 personer) med stigende doser, for at fastlægge den rette dosis i præparatet og vurdere sikkerheden

¹⁴⁵ <https://www.niddk.nih.gov/health-information/health-statistics/overweight-obesity> d. 10. maj 2017



over for mennesker.¹⁴⁶ Hver enkelt person overvåges nøje i denne fase. Med hensyn til Cylix blev der foretaget forsøg på 50 personer og den rette dosis som der kunne arbejdes videre med, blev fastlagt.

Fase 2:

I denne fase testes BRAINY Medicines præparater på et større antal mennesker (typisk 50-500 personer). Dette gøres for at kortlægge præparaternes effekt i forhold til at kurere fedme samt sikkerhed i forhold til mulige bivirkninger. Cylix blev testet på mere end 400 forsøgspersoner og der blev opdaget mulige bivirkninger. Der blev efterfølgende forsket videre med henblik på, at minimere disse bivirkninger.

Fase 3:

I den sidste fase stiger antallet af forsøgspersoner til mellem 2.000-10.000. Hertil vurderer BRAINY Medicine præparaternes effekt mod fedme og bivirkninger fastlægges.¹⁴⁷ Det store antal testpersoner og fasens varighed gør, at selv sjældne former for bivirkninger registreres i denne fase. Det er også i denne fase at informationer til indlægssedlen omkring korrekt anvendelse ol. indsamles.

Efter fase 3 videreudvikles præparaterne med henblik på forbedringer. Forsøgspersonerne følges stadig for at sikre at bivirkninger ikke opstår flere år efter. Der udarbejdes indlægssedler og præparaternes markedsføring forberedes. Derudover sendes præparaterne til godkendelse, således at de kan registreres af sundhedsmyndighederne på de udvalgte markeder, hvor de skal sælges.

7.6 Produktets karakteristika (Cylix)

Cylix er et slankemiddel målrettet svært overvægtige mænd og kvinder, hvilket defineres som personer med en BMI på mere end 30. Cylix skal indtages før hvert hovedmåltid og påvirker hjernen således, at mæthedsfølelsen øges og forbrugerens trang til mad og drikke sænkes. Cylix er bare et ud af mange produkter på markedet, men det særlige ved Cylix er, at produktets potentiale ud fra fase 1 og 2 har påvist, at effekten af produktet kan være helt op til 20 % større end ved brug eksisterende produkter på markedet.



¹⁴⁶ <https://pro.medicin.dk/Specielleemner/Emner/318115> - 1. maj 2017

¹⁴⁷ Ibid



Cylix kan endvidere have en vedvarende effekt. Dette er testet i form af, at de testpersoner der har medvirket til fase 1 og 2 forsøgene, efter forsøgene i langt mindre grad havde træng til mad og drikke sammenlignet med personer der ikke indtog produktet. Dermed vedligeholdt disse testpersoner i højere grad deres vægttab. Ydermere er de mest almindelige bivirkninger ved anvendelse af Cylix udelukkende depression og mindre psykiske ændringer i form af humørsvingninger, bekymring og søvnproblemer, hvilket kun opstår i cirka 5 % af tilfældene. Dette er langt færre end ved konkurrerende produkter på markedet, hvor dette opstår i mere end 10 % af tilfældene.¹⁴⁸

7.7 TP transaktioner

Transaktion 1: *Lån fra BRAINY Holding A/S til BRAINY Medicine A/S.*

- BRAINY Holding A/S står for en del af finansieringen i forhold til BRAINY Medicine A/S' aktiviteter.

Transaktion 2: *Registrering og forsvar af immaterielle rettigheder for BRAINY Medicine A/S foretaget af BRAINY Holding A/S.*

- BRAINY Holding A/S varetager registreringen samt forsvaret af BRAINY Medicine A/S' immaterielle rettigheder.

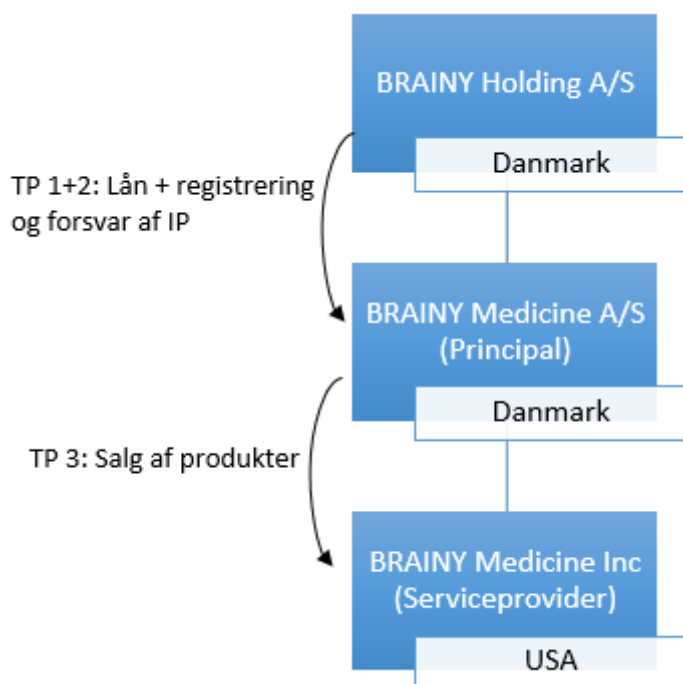
Transaktion 3: *Salg af varer fra BRAINY Medicine A/S til BRAINY Medicine Inc.*

- BRAINY Medicine A/S producerer varer som efterfølgende sælges til BRAINY Medicine Inc.

¹⁴⁸ <http://www.netdoktor.dk/interactive/medicin/Regenonreg-id115.html>



Figur 19 – TP transaktioner

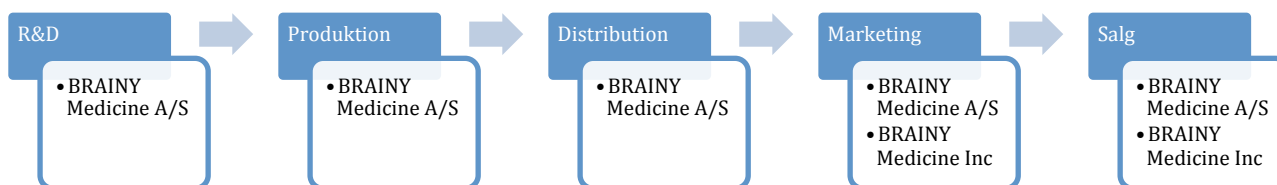


Kilde: Egen tilvirkning

7.8 Værdikæde før omstruktureringen

Koncernen varetager selv alle dele af værdikæden og er delt op i tre koncernselskaber bestående af BRAINY Holding A/S (holdingselskab), BRAINY Medicine A/S (Principal), BRAINY Medicine Inc (Salgsselskab). Holdingselskabet varetager funktioner i forhold til finansiering og HQ services og har derfor ikke med et bestemt led i værdikæden at gøre. Salgsselskabet varetager funktioner i forbindelse med marketings- og salgsaktiviteter.

Figur 20 - Værdikæde



Kilde: Egen tilvirkning



R&D er en meget omkostningstung funktion og har siden koncernens start været varetaget af principalen. Denne funktion består af forskning og udvikling af nye produkter samt videreudvikling af allerede eksisterende produkter. Det er ligeledes i denne funktion at potentielle produkter testes igennem de forskellige faser.

Produktionen varetages udelukkende af BRAINY Medicine A/S. Der produceres præparater til det europæiske samt det amerikanske marked. Produktionen består af tre faser. Den første fase består af den kemiske produktion af selve medicinen, fase to består af sammensætningen af produktet og fase tre består af pakningen af det færdige produkt.

Selve logistikken og planlægningen af distributionen af de færdigproducerede produkter varetages af BRAINY Medicine A/S, mens transporten af produkterne varetages af eksterne transportfirmaer. Der er valgt eksterne transportfirmaer, da det af økonomiske årsager ikke kan betale sig for koncernen at varetage denne del selv.

Marketing varetages af både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc. Alle beslutningstagerfunktioner i forhold til marketing ligger hos principalen, som lægger markedsføringsstrategier, forretningsstrategier samt træffer alle væsentlige beslutninger herved. Selve udførelsen af funktionerne i relation til marketingstrategien på det amerikanske marked varetages dog af salgsselskabet, ud fra den overordnede strategi udstukket af principalen. Dvs. at salgsselskabet tilpasser strategien til det amerikanske marked, hvorefter principalen endeligt godkender denne.

De marketingaktiviteter der udføres, består i at lave personligt salg gennem salgsmedarbejdere, som tager ud og snakker med sygehuse og læger, i forhold til at overbevise dem om at BRAINY Medicines produkter kan bringe værdi til samfundet, herunder at de er sikre at bruge, at bivirkningerne er små og de virker bedre end andre produkter. Derudover deltages der på konferencer, hvor produkterne markedsføres over for læger, sygehuse, sundhedsstyrelser ol. På det amerikanske marked laves der ligeledes nogle få reklamespots både på TV og i radioen således at forbrugerne bliver opmærksomme på produkterne. Budgetterne til dette kontrolleres og godkendes af BRAINY Medicine A/S. Medicinalreklamer rettet mod forbrugeren er ikke muligt på de andre markeder, da det kun er det amerikanske marked der tillader dette.¹⁴⁹ Derudover har salgsmedarbejderne også en dialog med FDA (US Food and drug administration) på det amerikanske marked, da det er dem der tillader hvilke former for medicin der må sælges på markedet. FDA står ligeledes for at godkende informationerne på

¹⁴⁹ <http://www.pwc.com/gx/en/pharma-life-sciences/pdf/ph2020-marketing.pdf> - Side 3 - 10. maj 2017



indlægssedlen. Møderne med FDA er vigtige, da det kan have en stor økonomisk betydning hvorvidt der kan opnås en godkendelse til salg af produktet. Der er derfor stor risiko forbundet herved, hvorfor BRAINY Medicine A/S også deltager på møderne og udarbejder informationerne på indlægssedlen.

Salg til det europæiske marked varetages af BRAINY Medicin A/S, mens salget på det amerikanske marked varetages af BRAINY Medicin Inc. Salgsaktiviteterne er rettet mod personale inden for medicin og sundhed i forhold til at forklare dem og dermed sikre, at de forstår BRAINY Medicines produkter, hvad de gør og hvordan de bruges. Ligesom for marketingsaktiviteter er retningslinjerne omkring salget ligeledes styret af principalen.

7.9 Nøgletal

7.9.1 BRAINY Holding A/S

Holdingselskabet varetager registrering samt forsvar af koncernens immaterielle rettigheder. Det bistår ligeledes principalselskabet med en del af finansieringen af dets aktiviteterne i form af lån. Holdingselskabet ejer også alle aktierne i BRAINY Medicine A/S. Der er ansat 5 personer i holdingselskabet til varetagelse af funktionerne. Hertil afholder holdingselskabet administrative omkostninger i form af løn, husleje m.v.

7.9.2 BRAINY Medicine A/S

Tabel 1 – Nøgletal for BRAINY Medicine A/S

<i>mio.kr.</i>	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Omsætning	5.959	6.436	7.079	7.433	7.508	7.658	7.811	7.889
Bruttoresultat	3.695	3.990	4.460	4.832	4.955	5.131	5.311	5.404
Øvrige omkostninger	2.980	3.347	3.681	4.163	4.204	4.518	4.843	4.852
EBIT	715	644	779	669	751	613	469	552
EBIT %	12%	10%	11%	9%	10%	8%	6%	7%

Kilde: Egen tilvirkning

Som det ses ud fra ovenstående tal er omsætningen steget, hvilket primært skyldes et øget salg på det amerikanske marked. Omsætningen steg med specielt høje vækstrater i perioden 2009-2011 da Adipos blev mere populært i særligt USA, men også på nye markeder i Europa. EBIT har i perioden haft en negativ udvikling, hvilket primært skyldes at omkostningerne til forskning og udvikling er steget markant. Dette sker som følge af at udviklingen af Cylix er blevet intensiveret samtidig med at der forskes og udvikles efter andre mulige produkter.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Direktionen har dog været meget fokuseret på at omkostningsoptimere, hvilket betyder at der er blevet effektiviseret i flere dele af organisationen. Dette har ført til at dækningsgraden har oplevet en stigning i perioden.

7.9.3 BRAINY Medicine Inc

Tabel 2 – Nøgletal for BRAINY Medicine Inc

<i>mio.kr.</i>	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Omsætning	1.512	1.814	2.087	2.295	2.410	2.627	2.811	2.895
Bruttoresultat	151	181	209	230	241	263	281	290
Øvrige omkostninger	91	109	125	138	145	158	169	174
EBIT	60	73	83	92	96	105	112	116
EBIT %	4%	4%	4%	4%	4%	4%	4%	4%

Kilde: Egen tilvirkning

Omsætningen består af salg af produkter på det amerikanske marked. Omsætningen er steget som følge af at BRAINY Medicine er kommet bedre ind på det amerikanske marked. Omkostningerne består af løn til salgs- og marketingmedarbejdere, markedsføringsomkostninger, husleje, biler og andre administrative omkostninger.

7.10 Funktions- og risikoanalyse i scenarie 1

Afhandlingens case vil bestå af en funktions- og risikoanalyse af henholdsvis BRAINY Holding A/S og BRAINY Medicine Inc i forhold til BRAINY Medicine A/S. Dette sker med henblik på, at identificere og vurdere hvilke funktioner, aktiver og risici de enkelte koncernselskaber varetager og kontrollerer, da en sådan analyse danner baggrund for en kompensation som følge af kontrollerede transaktioner mellem koncernselskaberne.

Tabellerne her under er opbygget således, at hvert felt indeholder mellem 0 og 5 krydser afhængig af koncernselskabernes bidrag i forhold til funktioner og aktiver samt hvor mange risici det pågældende selskab har påtaget sig.



7.10.1 Funktions- og risikoanalyse af BRAINY Holding A/S

Tabel 3 – Funktions- og risikoanalyse af BRAINY Holding A/S

	BRAINY Medicine A/S	BRAINY Holding A/S
Funktioner		
Udlån	X	XXXX
HQ services	X	XXXX
Aktiver		
Arbejdsstyrke	X	XXXX
Immaterielle rettigheder	XXXXX	
Risici		
Markedsrisici	XXXXX	
Kontraktmæssige risici	XX/	XX/
Operationelle risici	XXXXX	
Finansielle risici	X	XXXX

Kilde: Egen tilvirkning

Udlån fra BRAINY Holding A/S til BRAINY Medicine A/S består af finansiering i forhold til principalens aktiviteter. BRAINY Medicine A/S har også en funktion tilknyttet lånet fra holdingselskabet i form af medbestemmelse omkring indfrielse, godkendelse og andre forhold.

HQ services består af juridisk service, herunder primært registrering og forsvar af BRAINY Medicine A/S' immaterielle rettigheder. Holdingselskabets medarbejdere står til rådighed således, at BRAINY Medicine A/S løbende fremsender informationer, hvorefter holdingselskabet udfører den ønskede service. Forsvar af koncernens immaterielle rettigheder er en vigtig funktion, hvor registreringen blot anses som værende en rutinefunktion. BRAINY Medicine A/S har også en funktion hertil i form af kontrol og beslutninger omkring hvilke, hvordan og hvornår disse services skal udføres.

Arbejdsstyrken ligger hos BRAINY Holding A/S. Holdingselskabet besidder 5 kompetente medarbejdere med juridisk og finansiell baggrund. Disse 5 medarbejdere står for alle aktiviteter i holdingselskabet. BRAINY Holding A/S ejer ingen immaterielle rettigheder, da BRAINY Medicine A/S er både økonomisk og juridisk ejer af disse.

Markedsrisici består ved lån primært af renterisikoen. Denne risiko kan medføre, at rentebetalingen stiger eller falder afhængigt af udviklingen på det finansielle marked og lånet dermed kan risikere at blive dyrere. Denne risiko er påtaget af BRAINY Medicine A/S. Denne risiko kan minimeres i form af en



fast rente frem for en variabel. Beslutninger omkring dette er ultimativt varetaget af BRAINY Medicine A/S.

Der er risici forbundet med både udlån og HQ services. I forhold til kontrakten er risikoen forbundet med udlån påtaget af BRAINY Holding A/S, hvilket består i risikoen for, at BRAINY Medicine A/S ikke kan tilbagebetale lånet. Risikoen med HQ services er påtaget af BRAINY Medicine A/S og består af de økonomiske konsekvenser der kan være forbundet herved.

De operationelle risici består af risikoen forbundet med forretningsgangene. BRAINY Holding A/S udfører HQ services for BRAINY Medicine A/S når selskabet har brug for det. De operationelle risici er påtaget af BRAINY Medicine A/S, da holdingselskabet handler på BRAINY Medicine A/S' vegne og risiko. De finansielle risici består af risikoen for, at det fremtidige forventede afkast fra investeringen er højere end det faktiske afkast og holdingselskabet dermed ikke opnår et positivt afkast. De finansielle risici er påtaget af BRAINY Holding A/S, med undtagelse af de økonomiske konsekvenser der er forbundet med forsvar og registrering af immaterielle rettigheder.

7.10.2 Funktions- og risikoanalyse af BRAINY Medicine Inc

Tabel 4 – Funktions- og risikoanalyse i scenarie 1

	BRAINY Medicine A/S	BRAINY Medicine Inc
Funktioner		
Indkøb	XXXXX	
Produktion	XXXXX	
Distribution	XXXX	X
Lager	XXX	XX
Kontrol	XXXX	X
Markedsføring	XXX	XX
Salgsaktiviteter	XXX	XX
Aktiver		
Arbejdsstyrke	X	XXXX
Immaterielle rettigheder	XXXX	X
Risici		
Markedsrisici	XXXX	X
Kontraktmæssige risici	XXXX	X



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Operationelle risici	XXXX	X
Finansielle risici	XXXX	X
Lagerrisici	XXXX	X

Kilde: Egen tilvirkning

Indkøb er samlet i BRAINY Medicine A/S med det primære formål, at opnå stordriftsfordele. Indkøbet er dermed tilrettelagt således, at BRAINY Medicine A/S indkøber store partier råvarer en enkelt gang om måneden, hvilket sikrer lavere leveringsomkostninger samt mulighed større rabatter.

Produktionsfunktionerne bliver ligeledes alle udført af BRAINY Medicine A/S. BRAINY Medicine A/S har flest funktioner med henblik på distribution, men BRAINY Medicine Inc bestemmer selv hvilke og antallet af varer de har brug for. BRAINY Medicine Inc har alle lagerfunktionerne på det amerikanske marked, da de selv har et lager, hvor de færdigproducerede produkter fra BRAINY Medicine A/S sendes over inden de sælges på dette marked. Lagerfunktionerne består primært i varemottagelse, opbevaring samt pakning af produkterne inden salg. BRAINY Medicine Inc har ligeledes en kontrolfunktion knyttet hertil, som skal sikre, at de modtagende varer ikke er ukurante eller beskadiget. Marketings- og salgsaktiviteterne varetages både af BRAINY Medicine A/S samt BRAINY Medicine Inc. BRAINY Medicine A/S varetager alle funktioner som vedrører det europæiske marked og besidder ligeledes kontrollen herved. BRAINY Medicine Inc varetager hertil alle funktioner som vedrører det amerikanske marked, dog under kontrol fra BRAINY Medicine A/S.

Arbejdsstyrke er primært varetaget af BRAINY Medicine Inc, da de står for ansættelse af kvalificeret arbejdskraft samt videreuddannelse og afskedigelse af medarbejdere. De amerikanske medarbejdere udfører dog kun salgs- og marketingaktiviteter på kontrakt og beslutningstagerfunktionerne udføres derfor af BRAINY Medicine A/S. Disse funktioner består af godkendelse af budgetter og markedsføring, hvorfor BRAINY Medicine A/S også har lidt arbejdsstyrke tilknyttet hertil.

De immaterielle rettigheder består af patenter i forhold til Adipos og Cylix. Hertil består det af rettighederne i forhold til brand og varemærke som BRAINY Medicine A/S er økonomisk samt juridisk ejer af. Hertil besidder BRAINY Medicine A/S ligeledes kontrollen over DEMPE. BRAINY Medicine Inc udnytter dog varemærket i forbindelse med salg og markedsføring.

Efter udførelsen af funktioner samt brugen af aktiver er fastlagt, skal der ske en identifikation af de risici som koncernselskaberne har påtaget sig. Markedsrisici består af risici i form af politiske ændringer, hvilket især er relevant i forhold til USA da indsættelsen af Trump, som den nye præsident, har medført en del usikkerhed blandt andet i form af eventuelle toldbarrierer og andre udmeldinger omkring det amerikanske marked. Hertil er der risici i form af et muligt fald i antallet af svært



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

overvægtige personer, hvilket kan have indflydelse på omsætningen af koncernens produkter. Markedsrisici er ligeledes konkurrencemæssige aspekter i form af nye konkurrenter og produkter på markedet. Dette er væsentlige risici, da det kan have stor indflydelse på koncernens nøgletal hvis disse realiseres.

De kontraktmæssige risici består især af risikoen omkring erstatningskrav, garantier og tab på debitorer. Disse risici påligger BRAINY Medicine A/S ifølge de kontraktmæssige vilkår. BRAINY Medicine Inc skal dog, i tilfælde af krav rettet mod dem, samarbejde med BRAINY Medicine A/S om at levere og sammensætte den fornødne information til brug i retssager. Risikoen forbundet med erstatningskrav er særligt stor på det amerikanske marked, da mulighederne for at udnytte reglerne til at anlægge søgsmål er større.

De operationelle risici er interne risici, som selskabet selv har mulighed for at påvirke. I dette tilfælde er der særligt risici forbundet med udviklingen og lanceringen af Cylix. Disse er primært påtaget af BRAINY Medicine A/S. Det betyder altså, at i tilfælde af at udviklingsperioden forlænges eller omkostninger forbundet med godkendelsesprocesserne stiger, bæres disse omkostninger af BRAINY Medicine A/S. BRAINY Medicine Inc bærer dog selv risikoen forbundet med menneskelige fejl ved den daglige forretningsgang. Hertil bærer BRAINY Medicine A/S risikoen forbundet med salget, såfremt det budgetterede overstiger det faktiske. Dette sker i form af, at BRAINY Medicine Inc rapporterer om salget, hvorefter BRAINY Medicine A/S justerer ved enten at sende en kreditnota eller i det omvendte tilfælde en ekstra faktura.

De finansielle risici er primært påtaget af BRAINY Medicine A/S og består af såvel interne som eksterne risici. De interne risici består af håndtering af likviditet og cash flow og de eksterne risici består af makroøkonomiske forhold.

BRAINY Medicine Inc har deres eget lager i USA. Risikoen forbundet med lageret består i at varer kan blive beskadiget, maskiner går i stykker samt naturkatastrofer som kan betyde ødelæggelse af lageret. Risikoen herved er minimeret i form af tegnede forsikringer. I tilfælde af ukurante eller beskadigede varer kan BRAINY Medicine Inc sende varerne retur til BRAINY Medicine A/S, hvorfor de kun bærer en mindre risiko. De fleste risici forbundet herved er derfor påtaget af BRAINY Medicine A/S.

De fleste væsentlige risici er altså påtaget af BRAINY Medicine A/S som også har den finansielle kapacitet til at bære disse.



7.11 Aflønning i forhold til scenarie 1

7.11.1 Aflønning af BRAINY Holding A/S

BRAINY Holding A/S udfører to primære funktioner i form af udlån og HQ services. Der skal derfor ske en compensation som svarer til hvad uafhængige parter i en sammenlignelig situation ville have krævet. Ifølge TPG kapitel 6 vil et selskab der udelukkende har bidraget med finansieringen og påtaget sig de finansielle risici i forlængelse heraf, skulle modtage et risikojusteret afkast.¹⁵⁰

Registrering og forsvar af koncernens immaterielle rettigheder kan aflønnes med en Cost plus, da disse er servicefunktioner og holdingselskabet ikke bidrager med nogle værdiskabende eller unikke immaterielle aktiver eller har påtaget sig nogle risici i forlængelse heraf. BRAINY Medicine A/S styrer, betaler og har risikoen forbundet med forsvar af immaterielle rettigheder og det kan derfor anses som levering af services på kontrakt. Forsvar af immaterielle rettigheder må anses som værende udførelse af en vigtig funktion, hvorfor en uafhængig part ville kræve en mark-up svarende hertil. En mark-up vil derfor i dette tilfælde være 10 %.

Det er vigtigt at understrege, at transaktionen sker mellem to danske selskaber, hvorfor reguleringsrisikoen er minimal.

7.11.2 Aflønning af BRAINY Medicine Inc

BRAINY Medicine Inc er et limited risk selskab. Selskabet udfører marketings- og salgsaktiviteter som beskrevet i funktions- og risikoanalysen. Disse aktiviteter kan aflønnes med en TNMM. Aflønningen skal ske på baggrund af, hvad uafhængige parter i en sammenlignelig situation ville have opnået i overskudsgrad. BRAINY Medicine Inc udfører ingen vigtige funktioner og besidder ingen kontrol og har i forlængelse heraf ikke påtaget sig nogle væsentlige risici. BRAINY Medicine Inc kan derfor aflønnes med en TNMM med salg som base, da BRAINY Medicine A/S gennem en ekstraraktura eller kreditnota dermed kan justere salgsselskabets omkostninger. Dette kaldes også for en "Year-end adjustment" som foretages ved hvert regnskabsårs afslutning med henblik på, at opnå den forud fastsatte margin for BRAINY Medicine Inc.

¹⁵⁰ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. – Side 81



7.12 Omstrukturering

De nyeste rapporter og data om overvægtige i USA har konkluderet, at mere end 36 % af alle voksne fra 2011-2014 havde en BMI på 30 eller mere og derfor kan kategoriseres som overvægtige.¹⁵¹ Ydermere har indsættelsen af den nye præsident og hans udtalelser omkring medicinalindustrien medført at koncernen har foretaget nye vurderinger i forhold til forretningssetup. Donald Trump har udtalt at han vil have at medicinen som skal sælges på det amerikanske marked også skal produceres i USA, hvis producenterne vil undgå at blive pålagt ekstra afgifter på op mod 20 %.¹⁵²

I forlængelse af dette vil Trump også gøre medicinen billigere¹⁵³ samt godkendelsesprocessen lettere¹⁵⁴. Trump har endvidere udtalt et ønske om, at nedsætte selskabsskatten fra de nuværende 35 % til blot 15 %.¹⁵⁵ Dette er økonomiske omstændigheder, som kan have en væsentlig økonomisk betydning for koncernen.

Af disse årsager og da Cylix var målrettet det amerikanske marked vurderede koncernselskaberne, at en omstrukturering ville være forretningsmæssig og økonomisk rationel.

Da Trump vil have at medicinen skal være billigere har koncernen haft fokus på at minimere omkostningerne ved distributionen. Dette blev vurderet at kunne gøres gennem en omstrukturering, da produktet dermed kommer tættere på det tiltænkte marked. Ligeledes kan udviklingen af produktet bedre tilpasses markedet, da kendskabet til det amerikanske marked er større hos BRAINY Medicine Inc. Omstruktureringen sker ligeledes med henblik på, at optimere markedsføringsstrategien, da det salgsselskabet har større viden og erfaring med dette marked.

Omstruktureringen medfører, at der flyttes funktioner såvel som aktiver og risici fra BRAINY Medicine A/S til BRAINY Medicine Inc. Det forretningsmæssige rationale består i, at udflytte den del af R&D funktionerne og kontrollen hertil for, at centralisere de vigtige funktioner og beslutningstagerfunktioner der vedrører det amerikanske marked til selskabet i USA, da de har kendskab til markedet og godkendelsesprocedurerne.

¹⁵¹ <https://www.cdc.gov/nchs/data/databriefs/db219.pdf> - 10. maj 2017

¹⁵² <http://finans.dk/finans/politik/ECE9368664/trumps-skattemur-kan-starte-virksomhedsflugt-fra-danmark/?ctxref=ext> - 10. maj 2017

¹⁵³ <http://www.business.dk/medico/trump-angriber-medicinalindustrien-og-markedet-reagerer-kraftigt> - 10. maj 2017

¹⁵⁴ <http://politiken.dk/udland/art5812981/Trump-m%C3%B8des-med-medicinalfirmaer-og-lover-lavere-priser> - 10. maj 2017

¹⁵⁵ <http://finans.dk/politik/ECE9528130/trump-vil-saenke-selskabsskatten-til-15-pct/> - 10. maj 2017



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Ydermere vil den del af produktionen der vedrører det amerikanske marked ligeledes blive flyttet til BRAINY Medicine Inc. Risikoen forbundet med produktionen samt lagerisiko, vil derfor også blive flyttet til det amerikanske selskab. BRAINY Medicine Inc har hele tiden stået for marketings- og salgsaktiviteterne, men udelukkende på kontrakt, som betyder at BRAINY Medicine A/S har haft kontrollen herved.

Udflytningen af både R&D funktionerne samt beslutninger og kontrol herved kræver, at BRAINY Medicine Inc har de fornødne medarbejdere til at styre dette. Af denne grund beslutter BRAINY Medicine A/S, at flytte visse ledende medarbejdere med som har til formål at være en del af opstarten og sikre, at det amerikanske selskabs medarbejdere, som har den markedsspecifikke viden, også overholder de koncerninterne retningslinjer samt for at optimere forsknings- og udviklingsprocesserne.

Risikoen ved R&D processerne er ligeledes flyttet til BRAINY Medicine Inc. Hvis selskabet faktisk set skal kunne påtage sig disse risici er det essentielt at de også har den fornødne finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne, hvis disse realiseres og samtidig besidder medarbejdere som er i stand til, at varetage funktioner omkring risikominimering og afdækning.

I forhold til USA kan der være valutakursrisici i forhold til den amerikanske dollar, især efter indsættelsen af den nye præsident, som har medført svingende valuta og børskurser. De risikoafdækkende funktioner kunne derfor bestå i afdækning af valutakurssvingninger ved at betale en bank for, at påtage sig disse risici.

BRAINY Medicine Inc har hele tiden stået for marketings- og salgsaktiviteterne i forhold til det amerikanske marked, men under kontrol og beslutningstagning fra BRAINY Medicine A/S. Omstruktureringen medfører dog, at disse beslutningstagerfunktioner og kontrol ligeledes flyttes til det amerikanske selskab. Selskabet besidder allerede nogle kompetente medarbejdere, med vigtig viden omkring markedet, som kan varetage dette. Der flyttes dog ledende medarbejdere fra BRAINY Medicine A/S med det formål, at sikre en effektiv overgang og for at optimere processerne.

Produktionen til det amerikanske marked som hidtil har været udført af BRAINY Medicine A/S bliver i omstruktureringen også flyttet til BRAINY Medicine Inc.

Omstruktureringen medfører altså, at der overgives funktioner, aktiver og risici fra BRAINY Medicine A/S til BRAINY Medicine Inc og omstruktureringen påvirker derfor den fremtidige resultatfordeling mellem de to selskaber.



I omstruktureringer stilles der visse krav til de enkelte koncernselskaber som indgår i omstruktureringen. Omstruktureringen skal før skat stille både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc bedre, end hvis omstruktureringen ikke blev gennemført. Ligeledes skal der, for begge selskaber, være et økonomisk og forretningsmæssigt rationale bag selve omstruktureringen. Dette betyder altså, at hvert de to koncernselskabers realistiske alternativer skal vurderes og at det ikke er nok, at koncernen som helhed stilles bedre.

Det er derfor nødvendigt med en efter analyse som skal danne grundlag for fastlæggelse af prisfastsættelsen.

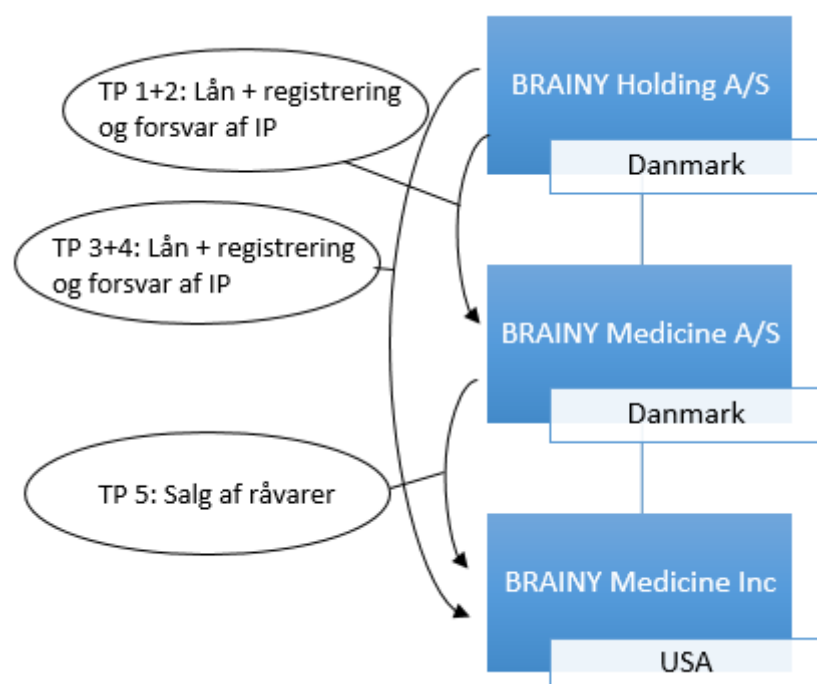
7.13 TP transaktioner efter omstruktureringen

Transaktion 1+2: Lån samt registrering og forsvar af immaterielle rettigheder for BRAINY Medicine A/S foretaget af BRAINY Holding A/S.

Transaktion 3+4: Lån samt registrering og forsvar af immaterielle rettigheder for BRAINY Medicine Inc foretaget af BRAINY Holding A/S.

Transaktion 5: Salg af råvarer fra BRAINY Medicine A/S til BRAINY Medicine Inc.

Figur 21 – Transaktioner efter omstruktureringen



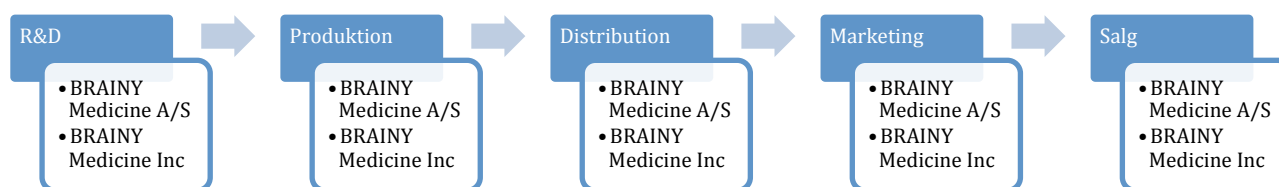
Kilde: Egen tilvirkning



7.14 Værdikæde efter omstruktureringen

Omstruktureringen medførte en række ændringer i koncernens værdikæde. Den førte til at BRAINY Medicine Inc nu varetager en større del af værdikæden, da en række værdiskabende funktioner flyttes fra BRAINY Medicine A/S til BRAINY Medicine Inc. R&D, produktionen samt distribution i forhold til det amerikanske marked blev flyttet til BRAINY Medicine Inc, samtidig med at de stadig varetager marketings- og salgsaktiviteter på dette marked. BRAINY Medicine Inc har dermed kontrol over alle dele af værdikæden i forhold til det amerikanske marked, ligesom BRAINY Medicine A/S har det for det europæiske marked. Der er derfor ikke længere tale om et salgsselskab, da de nu varetager flere funktioner.

Figur 22 – Værdikæde efter omstruktureringen



Kilde: Egen tilvirkning

R&D blev i forbindelse med omstruktureringen delt op mellem BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc, da en del af forskning og udvikling der vedrører det amerikanske marked nu skal varetages af det amerikanske selskab. Dette blev foretaget da sandsynligheden for at Cylix, ville blive til et endeligt produkt og kommer på markedet, nu var væsentligt forbedret efter en bestået fase 2 test. Videreudviklingen af Cylix varetages derfor nu af BRAINY Medicine Inc. Der er derudover blevet ansat forskere i BRAINY Medicine Inc som skal forske og udvikle nye produkter, som potentielt kan skabe profit for koncernen i fremtiden. BRAINY Medicine A/S har dermed afgivet den del af deres R&D, som kan relateres til videreudviklingen af Cylix, mens de har beholdt den resterende del.

Som en del af omstruktureringen, blev der af forretningsmæssige årsager flyttet en del af produktionen til BRAINY Medicine Inc for at kunne producere tæt på det amerikanske marked, da en stigende andel af koncernens profit stammer herfra. Det er ligeledes muligt for koncernen at nedbringe omkostninger forbundet med distribution af varerne samtidig med, at leveringstiderne forkortes da der geografisk er kortere fra produktionen til kunden. Produktionen til det europæiske marked varetages dermed af BRAINY Medicine A/S, mens BRAINY Medicine Inc producerer til det amerikanske marked. I forbindelse med flytningen af produktionen blev der indkøbt nye og



forbedrede maskiner i BRAINY Medicine Inc således, at der kan produceres produkter af højeste kvalitet, mest effektivt og for færre omkostninger.

Logistik og planlægning af distributionen af de færdigproducerede produkter fra henholdsvis BRAINY Medicine Inc og BRAINY Medicine A/S varetages af de respektive selskaber i forhold til det marked de producerer til. Transporten af produkterne til forbrugeren varetages stadig af eksterne transportfirmaer på de respektive markeder. De eksisterende aftaler som BRAINY Medicine A/S havde med de eksterne transportfirmaer på det amerikanske marked blev således opsagt og BRAINY Medicine Inc forhandlede aftaler på plads med disse under samme vilkår.

Marketing varetages stadig af både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc efter omstruktureringen. Dog er en del beslutningstagerfunktioner i forhold til marketingsaktiviteter på det amerikanske marked blevet flyttet til BRAINY Medicine Inc. Det betyder at de nu selv træffer beslutninger omkring markedsføringsstrategier og udførelsen af disse står de ligeledes selv for.

Salg til det europæiske marked varetages af BRAINY Medicine A/S mens salget til det amerikanske marked varetages af BRAINY Medicine Inc.

7.15 Funktions- og risikoanalyse i scenarie 2

BRAINY Medicine A/S har stadig alle funktioner, aktiver og risici forbundet med det europæiske marked, men har afgivet de funktioner, aktiver og risici som kan henledes til det amerikanske marked.

7.15.1 Funktions- og risikoanalyse for BRAINY Medicine Inc

BRAINY Medicine Inc har efter omstruktureringen en meget større andel af henholdsvis funktioner, aktiver og risici og kan derfor ikke længere betegnes som et limited risk selskab. På figur 22 vises hvilke funktioner, aktiver og risici der er tilført det amerikanske selskab som følge af omstruktureringen. De forhold som er sat i parentes er forhold hvor kun en mindre andel varetages af selskabet før omstruktureringen.



Figur 23 – Funktions- og risikoanalyse i scenarie 2 sammenlignet med scenarie 1

BRAINY Medicine Inc (Scenarie 1)	BRAINY Medicine Inc (Scenarie 2)
•Funktioner •(Distribution) •Lager •(Kontrol) •Salg •Marketing •Aktiver •Arbejdsstyrke •(Immaterielle aktiver) •Risici •Få risici, herunder ingen væsentlige	•Funktioner •R&D •Produktion •Distribution •Lager •Kontrol •Marketing •Salg •Aktiver •Arbejdsstyrke •Produktionsudstyr •Immaterielle rettigheder •Risici •Markedsrisici •Operationelle risici •Kontraktmæssige risici •Finansielle risici •Lagerrisici

Kilde: Egen tilvirkning

Indkøbsfunktionerne er stadig samlet hos BRAINY Medicine A/S med det primære formål, at have vedvarende stordriftsfordele, som ved en decentralisering af denne funktion ikke ville være aktuel. BRAINY Medicine Inc tager dog visse beslutninger i forhold til hvilke råvarer og mængden af disse, som skal indkøbes.

BRAINY Medicine Inc er efter omstruktureringen blevet et mere selvstændigt selskab, da de nu selv har kontrol over en større del af værdikæden. De varetager selv forskning og udvikling af nye produkter, samt videreudvikling af Cylix. For at optimere implementeringen af forretningsområdet, blev der flyttet ledende medarbejdere til varetagelsen af dette. Forskning og udviklingen i BRAINY Medicine Inc består af planlægning, udførelse og kontrol af R&D. Hertil tager de beslutninger og fører kontrol med budgetter, hvilket betyder at de udfører og har kontrol med de vigtige funktioner som relaterer sig til R&D.

Produktionen af varer til det amerikanske marked er flyttet til BRAINY Medicine Inc, herunder opskrifter, patenter og know-how. Det betyder at funktioner og risici forbundet med produktionen ligeledes er flyttet. Hertil er der indkøbt nyt produktionsudstyr. BRAINY Medicine Inc varetager selv



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

funktionerne relateret til produktion og træffer selv beslutninger i forhold til hvad der skal produceres, hvor meget der skal produceres og om nye produkter skal sættes i produktion. BRAINY Medicine Inc har kompetencen til at træffe beslutninger vedrørende dette, hvilket gøres på baggrund af analyser af salget og efterspørgslen på markedet. Disse analyser var også foretaget af BRAINY Medicine Inc før omstruktureringen, dog efter krav fra BRAINY Medicine A/S. Derudover varetager de selv risikoen forbundet med produktionen. De færdigproducerede produkter lægges på BRAINY Medicine Incs eget lager, som de ligeledes ejer og kontrollerer. Herfra distribueres varerne til selskabets kunder.

BRAINY Medicine Inc varetager selv distributionen af de producerede produkter. Dette indebærer at stå for logistikken og planlægningen af distributionen, samt forhandlinger med eksterne transportfirmaer. Hertil har de selv beslutningskompetencerne vedrørende disse. I forbindelse med omstruktureringen blev der overdraget databaser med eksterne transportører, eksisterende aftaler med disse blev opsagt af BRAINY Medicine A/S og der blev forhandlet nye aftaler med samme vilkår med BRAINY Medicine Inc.

Alle lagerfunktioner vedrørende det amerikanske marked varetages af BRAINY Medicine Inc. Ligeledes besidder de selv kontrollen ved varetagelsen af alle funktionerne.

I forhold til marketings- og salgsaktiviteter har omstruktureringen medført at beslutningskompetencen og risikoen forbundet med det amerikanske marked er flyttet til BRAINY Medicine Inc. Derudover blev der flyttet ledende medarbejdere med henblik på, at optimere denne del af forretningen. BRAINY Medicine Inc har kompetencen til at varetage disse funktioner samt træffe beslutninger herom.

Der blev i omstruktureringen flyttet ledende medarbejdere på R&D samt marketing og salgsområdet. Der blev ligeledes ansat nye medarbejdere for at varetage det større antal af funktioner. Arbejdsstyrken anses for at være et værdiskabende aktiv, da kontrollen og beslutningstagerfunktioner, efter omstruktureringen varetages af BRAINY Medicine Inc.

Det er stadig BRAINY Medicine A/S der er økonomisk og juridisk ejer af de fleste af koncernens immaterielle rettigheder. Der er dog i omstruktureringen overdraget kundedatabaser, eksterne aftaler med transportfirmaer, know-how, samt patentet på Cylix. Der sker ligeledes en udnyttelse af BRAINY Medicine A/S' varemærke.



Risikoen forbundet med hhv. markedet, kontrakten, det operationelle og finansielle samt lageret er alle de samme som før omstruktureringen. Kontraktmæssigt set er risiciene forbundet med det amerikanske marked nu påtaget af BRAINY Medicine Inc. Hertil varetager de ligeledes beslutningstagerfunktioner samt kontrollen over de interne risici.

BRAINY Medicine Inc har altså efter omstruktureringen påtaget sig alle væsentlige risici i forhold til det amerikanske marked. De har ligeledes den finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne, hvis risiciene realiseres.

7.16 HTVI overdragelse

I forbindelse med omstruktureringen af BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc blev forskning og udvikling overdraget til BRAINY Medicine Inc, som nu skal stå for videreudvikling af Cylix. For at BRAINY Medicine Inc kan videreudvikle Cylix, blev rettighederne (patentet) til præparatet ligeledes overdraget. Der er her tale om en overdragelse af et immaterielt aktiv, da der ikke er tale om et aktiv der ikke er fysisk, ikke er finansielt, det kan ejes og udnyttes i selskabets aktiviteter og en uafhængig part ville betale for det. Det falder dermed inden for definitionen af hvad der anses for et immaterielt aktiv jf. TPG 2016.

Derudover er det en overdragelse af et immaterielt aktiv, som kun er delvist udviklet på tidspunktet for transaktionen og værdien på dette tidspunkt er usikker. Der er derfor tale om et immaterielt aktiv der falder inden for betegnelsen hard-to-value intangible.

Problematikkerne omkring HTVI består i, at prisfastsætte transaktionen, da værdien er ukendt som følge af asymmetrisk information. Det vil altså sige, at det kun er omkostningerne forbundet med udviklingen af Cylix indtil nu, som på tidspunktet for transaktionen er kendt. De fremtidige omkostninger samt indtægterne forbundet med produktet er ukendt, hvorfor en prisfastsættelse kan være vanskelig. Dette kan løses på flere måder, så armslængeprincippet overholdes.

Nutidsværdien af patentet på Cylix skal fastsættes ud fra de forventede fremtidige fordele. Da prisen på transaktionstidspunktet er meget usikker, skal BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc i transaktionsaftalen minimere usikkerheden, da dette kan være gjort mellem uafhængige parter i en sammenlignelig situation. Dette kan ske i form af at indarbejde prisreguleringsmekanismer i aftalevilkårene.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Dette kan gøres i form af milestone payments, hvor første betaling sker når fase 3 er overstået og anden betaling sker når der er opnået godkendelse fra FDA om tilladelse til salg på det amerikanske marked.

En anden prisjusteringsmekanisme kan være genforhandling af aftalen. Dette vil være i købers interesse hvis fase 3 ikke overstås, hvis godkendelse fra FDA ikke opnås eller salget går dårligt. Det kan også være i sælgers interesse hvis disse faser overstås og der opnås endelig godkendelse til salg på markedet.

For at agere som uafhængige parter er det vigtigt, at selskaberne husker at følge op på de interne prisjusteringsaftaler. Ved genforhandlingsaftaler vil SKAT ikke acceptere et loft og forhandlingen skal derfor ske på baggrund af den faktiske værdi.

Forskellen mellem den forventede og det faktiske værdi skal endvidere påvirke prisen med mere end 20 % for, at reglerne for HTVI skal anvendes. Er afvigelsen mindre end 20 % kan selskaberne dog reguleres efter de normale retningslinjer for immaterielle aktiver.

Ved overdragelse af det immaterielle aktiv skal der foretages en vurdering af BRAINY Medicine Incs realistiske alternativer. I dette tilfælde vil det realistiske alternativ til at indgå i transaktion være ikke, at indgå i transaktionen. BRAINY Medicine Inc vil, ud fra et armslængde perspektiv, kun indgå i transaktionen hvis den ikke stiller dem værre end før, jf. TPG 2016. Det betyder altså, at BRAINY Medicine Inc vurderer, at den forventede fremtidige profit forbundet med det immaterielle aktiv, vil være større end omkostningerne og opvejer den risiko der er forbundet herved.

BRAINY Medicine Inc udfører og kontrollerer og har risikoen ved alle vigtige funktioner i forhold til DEMPE med undtagelse af beskyttelsen (P), der funktionsmæssigt varetages af BRAINY Holding A/S. Kontrollen og risikoen ved beskyttelsen varetages dog af BRAINY Medicine Inc.

Det er kun forhold som på transaktionstidspunktet var forudsigeligt der kan give anledning til regulering. Forhold som var uforudsigelige giver ikke skattemyndighederne anledning til en regulering. BRAINY Medicine skal derfor i TP dokumentationen redegøre for de forudsætninger der har dannet grundlag for prisfastsættelsen af transaktionen.



7.17 Aflønning i forhold til scenarie 2

7.17.1 Aflønning af BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc

Ud fra funktions- og risikoanalysen kan det konkluderes, at BRAINY Medicine A/S afgiver profit potentialet som stammer fra de funktioner, aktiver og risici som udflyttes. BRAINY Medicine A/S skal derfor, i overensstemmelse med armslængdeprincippet, kompenseres herfor. Denne kompensation skal ske på baggrund af de forventede fremtidige fordele.

Når BRAINY Medicine A/S afslutter kontrakten med de eksterne distributører, hvorefter BRAINY Medicine Inc selvstændigt genforhandler nye aftaler på samme vilkår med selv samme eksterne distributører, kræver det en kompensation, da der her er tale om overdragelse af kontraktuelle rettigheder mellem BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc. Der skal derfor ske kompensation i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Hertil skal der b.l.a. også kompenseres for de produktionsopskrifter, patenter og know-how som overdrages.

Analysen identificerer desuden, at der er sket en overdragelse af et HVTI, som ligeledes kræver en kompensation. Alle funktioner og kontrol i forhold til DEMPE bliver overdraget, med undtagelse af beskyttelsen (P), der fremadrettet stadig varetages af holdingselskabet. BRAINY Medicine A/S skal derfor kompenseres på baggrund af de forventede fremtidige fordele der knytter sig hertil.

BRAINY Medicine A/S er stadig økonomisk og juridisk ejer af varemærket. BRAINY Medicine Inc udnytter dog dette og skal kompenseres hvis denne udnyttelse har en værdiskabende effekt på varemærket.

Da der nu er tale om to koncernselskaber der varetager stort set alle funktioner, aktiver og risici på hvert sit marked kan de fremadrettet aflønnes efter en profit split. Aflønningen med en profit split kan anvendes da både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc har immaterielle aktiver og skal ske på baggrund af hvilke funktioner, aktiver og risici de bidrager med i forhold til DEMPE.

7.17.2 Aflønning af BRAINY Holding A/S

BRAINY Holding A/S bidrager ikke med nogle værdiskabende aktiver, men foretager udlån til både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc. Hertil varetager de stadig registrering og forsvar af koncernens immaterielle rettigheder. De skal derfor kompenseres af både BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc herfor, på samme måde som i scenarie 1.



7.18 Delkonklusion

Den praktiske case omhandler en medicinalkoncern og er udarbejdet på baggrund af den teoretiske forståelse som er oparbejdet gennem afhandlingens kapitler. Casen er opdelt i to scenarier med henblik på, at vurdere kompensationen af de enkelte koncernselskaber ud fra deres bidrag til værdiskabelsen.

Scenarie 1 viser koncernen før omstruktureringen finder sted. Strukturen består af tre koncernselskaber, hvoraf det ene er et dansk principalselskab som ud fra funktions- og risikoanalysen vurderes, at varetage de fleste værdiskabende funktioner, aktiver og risici samt ejer alle immaterielle aktiver. Det udenlandske selskab er en serviceprovider og udfører primært marketings- og salgsaktiviteter under kontrol fra det danske principalselskab. Derudover har de et lokalt lager og mindre kontrolfunktioner. Det danske holdingselskabs eneste aktiviteter er, at registrere og yde beskyttelse af koncernen patenter samt bistå med finansiering. Aflønningen af både holdingselskabet og serviceprovideren skal derfor være i overensstemmelse med dette. Holdingselskabet udfører en vigtig funktion og skal derfor aflønnes for dette. Holdingselskabet aflønnes dermed med en cost plus på 10 %.

Den udenlandske serviceprovider aflønnes for den service de yder og dermed med en TNMM med salg som base.

Scenarie 2 viser koncernselskaberne efter omstruktureringen. Strukturen ændres da funktioner, aktiver og risici som før var påtaget af BRAINY Medicine A/S nu flyttes til BRAINY Medicine Inc, som er vurderet gennem funktions- og risikoanalysen efter omstruktureringen. Der er derfor ikke længere tale om en principal og serviceprovider. BRAINY Medicine A/S skal aflønnes for det profit potentiale der knytter sig til de funktioner, aktiver og risici de afgiver. BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc vil fremadrettet blive aflønnet med en profit split. Holdingselskabet aflønnes med en cost plus, da dette selskab varetager funktionerne omkring registrering og beskyttelse af patentrettighederne samt udlån.

I omstruktureringen bliver der ligeledes overdraget et HTVI. Da værdien på transaktionstidspunktet er usikker som følge af asymmetrisk information, kan selskaberne indføre betingelser omkring prisreguleringsmekanismer afhængig af det immaterielle aktivs fremtidige værdi. Dette kan ske i form af milestone payments og genforhandlingsaftaler.



8. Konklusion

Formålet med BEPS var at sikre, at multinationale selskaber allokerer deres profit korrekt og dermed undgå en ulige skattekonkurrence. OECD's action point 8, 9 og 10 er implementeret i dansk lovgivning som en præcisering af de forhenværende retningslinjer, hvorfor SKAT har mulighed for at korrigere både i fremtidige, men også fortidige dispositioner, dog begrænset af en særlig frist på 6 år. TP dokumentationen foretages gennem en Master- og Local file, som er implementeret i den nye dokumentationsbekendtgørelse fra foråret 2016. Med de forøgede dokumentationskrav følger en ikrafttrædelsesdato, hvilket bevirker at SKAT kun har mulighed for at korrigere fremtidige dispositioner.

I en TP analyse skal kontrollerede transaktioner identificeres og prisen i disse transaktioner skal fastlægges ud fra armslængdeprincippet. En identifikation af den kontrollerede transaktion foretages gennem en funktions- og risikoanalyse, som skal identificere de immaterielle aktivers bidrag til værdiskabelsen i transaktionen, de vigtige funktioner som er udført og specifikke risici påtaget. Ydermere anvendes sammenlignelighedsanalysen til, at sammenligne transaktioner mellem kontrollerede og uafhængige selskaber. Ved en sådan analyse anvendes de fem sammenlignelighedsfaktorer til at fastlægge prisen i den kontrollerede transaktion.

Substansen i aftalevilkårene har fået væsentlig betydning og gælder både med henblik på immaterielle aktiver og omstruktureringer. Den faktiske påtagelse af risici vurderes ud fra koncernselskabets finansielle kapacitet til at bære konsekvenserne, hvis risikoen realiseres samt hvilket koncernselskab der kontrollerer beslutningstagerfunktionerne.

Definition af immaterielle aktiver er med opdateringen af TPG blevet ændret, således at betegnelsen er negativt afgrænset hvilket gør det lettere, at forholde sig til om det pågældende aktiv skal kategoriseres som immaterielt i OECD's forstand eller ej.

Der blev, i det gamle kapitel, ikke beskrevet hvilke funktioner som var værdiskabende og dermed heller ikke hvilke funktioner, som kunne danne grundlag for en større del af afkastet. Dette er dog blevet præciseret i TPG 2016 i form af en introduktion af DEMPE.

Et juridisk ejerskab alene medfører ikke, at selskabet har ret til en større del af afkastet, som følge af deres rettigheder til at udnytte det immaterielle aktiv.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Ved brugen af aktiver fokuserer OECD især på kapital, for at sikre at selskaberne er i stand til at udføre funktionerne og dermed undgå, at koncerner omgår retningslinjerne og allokerer afkast til funktionssvage selskaber i lavskattelande.

OECD har introduceret HTVI og hertil en bevisbyrderegel, som har til formål at gøre det lettere for skattemyndighederne at vurdere prisfastsættelsen af disse typer immaterielle aktiver. Det er dermed op til selskaberne at bevise, at en given udvikling ikke var forudsigelig.

Prisfastsættelsen af HTVI skal ske ud fra det immaterielle aktivs forventede fremtidige fordele og det kan være nødvendigt med risikoafdækning i form af interne aftaler som eksempelvis prisjusteringsklausuler, genforhandlingsaftaler m.v. hvis uafhængige selskaber i en sammenlignelig situation ville have gjort dette.

Ved koncerninterne omstruktureringer hvor funktioner, aktiver og risici omrokeres mellem koncernselskaber skal der ligeledes foretages en analyse. Denne analyse skal foretages både før og efter omstruktureringen med henblik på, at vurdere hvad der er flyttet og hvordan dette skal kompenseres i forhold til det profit potentiale der er afgivet.

Der skal ligeledes ske en forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen og der skal redegøres for de realistiske alternativer. Omstruktureringen skal altså være økonomisk og forretningsmæssig rationel. Dokumentationsbyrden ved omstruktureringen er for selskaberne steget da der nu kræves både en før og efter analyse.

De respektive skattemyndigheder har ydermere mulighed for ikke, at anerkende en kontrolleret transaktion, hvis transaktionen er økonomisk og/eller forretningsmæssig irrationel. Denne vurdering foretages for hvert enkelt selskab.

For at vise hvordan den teoretiske del af afhandlingen kan bruges i en praktisk sammenhæng er der udarbejdet en case. Casen indeholder to scenarier – før og efter omstruktureringen. I scenarie 1 er der et holdingselskab, principalselskab og et salgsselskab. Holdingselskabet foretager udlån samt registrering og forsvar af koncernens immaterielle rettigheder og aflønnes derfor på baggrund af dette med en cost plus på 10 %. Salgsselskabet udfører salgs- og marketing aktiviteter og er en serviceprovider, hvorfor selskabet aflønnes for den service de yder. Dette gøres med en TNMM med salg som base.

Scenarie 2 viser koncernselskaberne efter omstruktureringen. Der er i omstruktureringen flyttet funktioner, aktiver og risici, så der ikke længere er tale om et principalselskab og en serviceprovider.



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

BRAINY Medicine A/S skal aflønnes for det profit potentiale der knytter sig til de funktioner, aktiver og risici de afgiver. BRAINY Medicine A/S og BRAINY Medicine Inc vil fremadrettet blive aflønnet med en profit split. Holdingselskabet aflønnes med en cost plus, da dette selskab varetager funktionerne omkring registrering og forsvar af patentrettighederne samt udlån.

Der overdrages også et HTVI. Selskaberne kan derfor, for at minimere sine risici, indarbejde prisreguleringsmekanismer i aftalevilkårene afhængig af det immaterielle aktivs fremtidige værdi. Dette kan ske i form af milestone payments og genforhandlingsaftaler.



9. Perspektivering

Opdateringen af TPG kapitel 6 har givet anledning til en del spørgsmål. Herunder hvorvidt opdateringen er en præcisering, eller der er tale om en reel ændring i retningslinjerne. Dette har stor betydning da en præcisering medfører, at skattemyndigheder har mulighed for at korrigere kontrollerede transaktioner tilbage i tid, hvorimod en ændring medfører, at det kun er fremadrettede kontrollerede transaktioner som kan korrigeres. Fra et selskabs synspunkt vil det betyde, at skattemyndighederne kan korrigere kontrollerede transaktioner på baggrund af retningslinjerne fra 2016, selvom dokumentationens udarbejdelse er sket ud fra retningslinjerne fra 1996. Dette er også en af de væsentligste årsager til, at rådgivere og selskaber argumenterer for, at opdateringen medfører en ændring.

”Rækkevidden eller betydningen af armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, er ikke ændret ved opdateringen af kapitlerne i TPG. Der er i stedet tale om en præcisering og uddybning af armslængdeprincippet og den måde, hvorpå princippet anvendes i praksis.”¹⁵⁶

Ud fra ovenstående citat kan det læses at SKAT mener, at opdateringen er en præcisering. Denne holdning skyldes, at OECD’s modeloverenskomsts artikel 9 ikke er ændret og der dermed ikke er sket en ændring i betydningen af LL § 2. Ydermere er der heller ingen ikrafttrædelsesdato på opdateringen.

På trods af dette er der stadig valide argumenter for, at der kunne være tale om en ændring i stedet. Med opdateringen af TPG kapitel 6 er der kommet en ny og markant ændret definition på immaterielle aktiver. Hertil har udbygningen af kapitlet øget sideantallet med 64 sider, hvilket er en stigning på cirka 560 %. Herunder er DEMPE introduceret som værende vigtige funktioner. Ydermere betyder opdateringen, at der kan være lande som har behov for tilpasning af de lokale regler.

SKAT’s holdning til at opdateringen anses som en præcisering, bliver dog anvendt i praksis.

Selskaberne bliver med opdateringen af retningslinjerne pålagt større dokumentationsbyrder som skal sikre, at skattemyndighederne på et veloplyst grundlag, kan vurdere hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med armslængde princippet. En af dokumentationsbyrderne som i praksis kan give anledning til problematikker er dokumentation af selskabernes faktiske adfærd. En forskel mellem de kontraktuelle aftalte vilkår og den faktiske adfærd bevirker, at det er den faktiske adfærd der lægges vægt på. En sådan dokumentation er derfor essentiel, men kan være svær og kræve mange ressourcer.

¹⁵⁶ <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2049962&chk=214126> - 13. maj 2017



Transfer Pricing forhold ved immaterielle aktiver og omstruktureringer

Det kan være en udfordring for selskaberne at dokumentere deres adfærd, hvis ikke de har noget på skrift. Eksempelvis ved afholdelse af møder uden der tages mødereferater. I en sådan situation kan det altså være vanskeligt at dokumentere hvem der har været tilstede på mødet og truffet beslutningerne.

Det kan derfor kræve mange ressourcer for selskaber at dokumentere den faktiske adfærd. SKAT kan anvende mailkorrespondancer, mødereferater, ansættelseskontrakter m.v. til fastlæggelse af selskabernes faktisk adfærd og det kan derfor være nødvendigt at dokumentere dette med henblik på at undgå at blive korrigeret.



10. Litteraturliste

Bøger

- Wittendorff, Jens: Transfer Pricing. 1. udg. Karnov Group Danmark A/S, 2016

OECD rapporter

- OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing
- OECD (2016), BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD (2015), Transfer Pricing Documentatin and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD (2015), Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD (2016), BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms – Peer Review Documents, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris
- OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD (2010), "Special Considerations for Intangible Property", in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, OECD Publishing, Paris
- OECD (2016), Conforming amendments to chapter IX of the transfer pricing guidelines, OECD BEPS document for public review

Lovgivning

- Ligningsloven
- Afskrivningsloven
- Dokumentationsbekendtgørelsen



- Skattekontrolloven

Internetadresser

- <http://www.ft.dk/samling/20151/almdel/sau/bilag/189/1628147.pdf> - 10. Maj 2017
- http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Almindelig_retsl%C3%A6re,_retsfilosofi_og_terminologi/retsdogmatik - 10. Maj 2017
- <http://www.dst.dk/da/Statistik/nyt/NytHtml?cid=21000> - 10. maj 2017
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm - 25. januar 2017
- http://www.finance.gov.ie/sites/default/files/161219%20Summary%20of%20Appeal%20Grounds%20Published%20under%20Embargo_0.pdf - 10. maj 2017
- <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2016/12/19/ireland-and-apple-ready-their-appeals-against-the-eu-commissions-14-billion-tax-decision/#f1b070fec135> - 8. februar 2017
- <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-11-08/ireland-set-to-take-fight-over-apple-tax-bill-to-eu-court> - 9. februar 2017
- <http://www.oecd.org/ctp/BEPS-FAQsEnglish.pdf> - 10. maj 2017
- <https://www.slideshare.net/OECDtax/beps-webcast-8-launch-of-the-2015-final-reports> - 9. februar 2017
- <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2049962&chk=214126> - 9. februar 2017
- <http://www.pwc.com/us/en/10minutes/pwc-10minutes-oecd-beps-global-tax-reform.pdf> - 10. maj 2017
- <http://www.oecd.org/tax/dispute/map-statistics-2015.htm> - 10. maj 2017



- <http://www.oecd.org/ctp/beps/centre-for-tax-policy-and-administration-brochure.pdf> - 10. maj 2017
- <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf> - 10. maj 2017
- <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oId=2232638&chk=214126> - 10. maj 2017
- <http://www.netdokter.dk/sygdomme/fakta/fedme.htm> - 10. maj 2017
- <https://www.niddk.nih.gov/health-information/health-statistics/overweight-obesity> - 10. maj 2017
- <https://pro.medicin.dk/Specielleemner/Emner/318115> - 1. maj 2017
- <http://www.netdokter.dk/interactive/medicin/Regenonreg-id115.html> - 1. maj 2017
- <http://www.pwc.com/gx/en/pharma-life-sciences/pdf/ph2020-marketing.pdf> - 1. maj 2017
- <https://www.cdc.gov/nchs/data/databriefs/db219.pdf> - 8. maj 2017
- <http://finans.dk/finans/politik/ECE9368664/trumps-skattemur-kan-starte-virksomhedsflugt-fra-danmark/?ctxref=ext> - 8. maj 2017
- <http://www.business.dk/medico/trump-angriber-medicinalindustrien-og-markedet-reagerer-kraftigt> - 8. maj 2017
- <http://politiken.dk/udland/art5812981/Trump-m%C3%B8des-med-medicinalfirmaer-og-lover-lavere-priser> - 8. maj 2017
- <http://finans.dk/politik/ECE9528130/trump-vil-saenke-selskabsskatten-til-15-pct/> - 8. maj 2017
- <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oId=2049962&chk=214126> - 13. maj 2017